

# Rainer Eckertz

## Die Neuregelung der Kriegsdienstverweigerung

Der Deutsche Bundestag hat am 16. Dezember 1982 ein »Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Kriegsdienstverweigerung und des Zivildienstes« (Kriegsdienstverweigerungs-Neuordnungsgesetz – KDVNG)<sup>1</sup> beschlossen, das am 26. November von den Fraktionen der CDU/CSU und der FDP eingebracht worden war.<sup>2</sup> Der Bundesrat hat dem Gesetz am 4. Februar 1983 mit den Stimmen der CDU/CSU-Länder zugestimmt. Ausgangspunkt der achtjährigen Reformbemühungen war die Forderung nach einer »Abschaffung der Gewissensprüfung«. Das Ergebnis ist ein Gesetz, das die erklärte Absicht, die Rechtsstellung der Kriegsdienstverweigerer zu verbessern, in ihr Gegenteil verkehrt.

### 1. Die Vorgaben durch das Bundesverfassungsgericht

Der Wendepunkt der Reform des Rechts der Kriegsdienstverweigerung ist nicht erst der Regierungswechsel vom 1. Oktober 1982, sondern schon das Urteil des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 13. April 1978.<sup>3</sup> Der Senat hat die weiteren Bemühungen des Gesetzgebers um eine Neuordnung des Rechts der Kriegsdienstverweigerung auf doppelte Weise präjudiziert, materiell und formell. *Materiell* unterstellte er die Anerkennung von Kriegsdienstverweigerern dem Maßstab eines »Verfassungsgebot(s) der staatsbürgerlichen Pflichtgleichheit in Gestalt der Wehrgerechtigkeit«.<sup>4</sup> Damit wurden die Prämissen einer Neuregelung umgekehrt. An die Stelle des Ziels, zu verhindern, daß ein Kriegsdienstverweigerer zu Unrecht *nicht* anerkannt wird,<sup>5</sup> trat das Ziel, zu verhindern, daß ein Kriegsdienstverweigerer zu Unrecht *anerkannt* wird.<sup>6</sup> Der Senat ließ die Möglichkeit einer gesetzlichen Rege-

1 BGBl. 1983 I, 203.

2 BT-Drs. 9/2124.

3 BVerfGE 48, 127. Zur Kritik s. Ridder, DuR 1978, 42 (45 ff.) – zu der einstweiligen Anordnung BVerfGE 46, 337; Hase, DuR 1978, 198; Krölls, KJ 1978, 413; Gusy, JuS 1979, 254; J. Ipsen, ZRP 1978, 153; Eckertz, Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen, 1981 (s. dazu die Bespr. von Neumann, KJ 1983, 215); Berg, AoR 107 (1982), 585 (601 ff., 607 f., s. aber auch 611 f.). – Die dem Urteil zustimmenden Stellungnahmen gehen nicht im einzelnen auf die Argumentation des Senats ein: Blumenwitz (Hg.), Wehrpflicht und Ersatzdienst, 1978 (Kritik an der abw. Meinung des Verfassungsrichters Hirsch in dem Vorwort S. 9 ff., 24); Isensee, Wer definiert die Freiheitsrechte?, 1980 (gegen Hirsch, s. bes. S. 18 f., zustimmend zur Mehrheitsentscheidung S. 19, Anm. 24); Scholler, Zs. f. ev. KirchenR 1982, 20 (43 f.).

4 BVerfGE 48, 127 (166).

5 Dieses Ziel wird häufig damit begründet, daß, wenn ein Kriegsdienstverweigerer zu Unrecht anerkannt wird, nur ein einfaches Gesetz, nämlich das WehrpflichtG unerfüllt bleibt, während wenn ein Kriegsdienstverweigerer zu Unrecht nicht anerkannt wird, die Verfassung geschädigt ist; so Arndt, JZ 1960, 273 (275); Hirsch in BVerfGE 48, 127, 185 ff. (195).

6 BVerfGE 48, 127 (168 f., 170).

lung, »welche die Ausgestaltung des Ersatzdienstes als einzige Probe auf die Gewissensentscheidung einsetzt«, offen und gab dem Gesetzgeber einige Hinweise für eine solche Regelung.<sup>7</sup> Formell machte der Senat die Umgestaltung des Zivildienstes, die demnach die Voraussetzung eines Verzichts auf eine Prüfung der Echtheit der Gewissensentscheidung im Anerkennungsverfahren war, von einer Zustimmung des Bundesrats abhängig.<sup>8</sup> Damit war während der Regierungszeit der sozialliberalen Koalition eine Regelung mit dem Ziel einer »Abschaffung der Gewissensprüfung« nur noch mit der Zustimmung der Unionsparteien möglich.

Die Prämissen der Neuregelung wurden aus zwei Gründen durch die Einführung des Maßstabs der »staatsbürgerlichen Pflichtengleichheit in Gestalt der Wehrgerechtigkeit« umgekehrt.<sup>9</sup> Erstens wird durch diese Konstruktion der rechtsdogmatische Ausgangspunkt vertauscht. Ausgangspunkt ist dann nicht mehr das in Art. 4 III GG enthaltene Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung, sondern das Verhältnis des Ersatzdienstes zum Wehrdienst.<sup>10</sup> Zweitens ist der Maßstab der Wehrgerechtigkeit im Gegensatz zu der im allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG zu verortenden Pflichtengleichheit gegenüber dem Vergleichspaar »Wehrdienst – Ersatzdienst« nicht neutral.<sup>11</sup> Der Begriff der Wehrgerechtigkeit hat einen wehrpolitischen Nebensinn. Die Wehrgerechtigkeit dient der Aufrechterhaltung der »individuelle(n) Wehrebereitschaft im Sinne der Einsicht, persönliche Opfer für das Gemeinwesen erbringen zu müssen«.<sup>12</sup> Mittels des Begriffs der Wehrgerechtigkeit wird das Ziel, daß die Leistung des Wehrdienstes mit der Waffe »als notwendige und hinzunehmende Verpflichtung gegenüber der staatlichen Gemeinschaft allgemein anerkannt wird«,<sup>13</sup> dafür maßgebend, wann »mit hinreichender Sicherheit angenommen werden kann, daß in ihrer (der Antragsteller, R. E.) Person die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 3 Satz 1 GG erfüllt sind«.<sup>14</sup>

Der Begriff der Wehrgerechtigkeit ist dem Grundgesetz seinem Wortlaut nach unbekannt.<sup>15</sup> Seine Übertragung auf den Bereich der Kriegsdienstverweigerung ist eine *petitio principii*.<sup>16</sup> Es wäre darauf angekommen, zu verhindern, daß diese Rechtsprechung als etwas Unbezweifelbares hingenommen wird und sich damit zu Gewohnheitsrecht verfestigen kann. Hätten die vor dem Bundesverfassungsgericht Unter-

7 Ebd., S. 170 f.

8 Ebd., S. 177 ff. Der Senat begründet dies mit Art. 37b II 1 GG i. V. m. der in BVerfGE 37, 363 (379 ff.) entwickelten Systemverschiebungslehre. Es sei dahingestellt, ob dieser Lehre allgemein und in concreto zuzustimmen ist.

9 Daß in dem Urteil »der Gleichheitssatz als der eigentliche Hebel angesetzt (wird), um die Wehrpflichtnovelle aus den Angeln zu heben«, sieht auch Berg (N. 3), S. 603. Nach Berg hätte die Wehrpflichtnovelle nicht für nichtig erklärt werden dürfen, weil Wehrdienst- und Zivildienstpflicht unvergleichbar sind.

10 BVerfGE 48, 127 (165). Die Verschiebung von Art. 4 III GG zu Art. 12a II GG geschieht auf S. 164. Genauere Analyse bei Eckertz (N. 3), S. 39 ff. und S. 50 ff.

11 Dies bestätigt indirekt Scholler (N. 3), wenn er in dem Rückgriff des BVerfGs auf die Wehrgerechtigkeit eine indirekte Bestätigung seiner Lehre vom »Klauselcharakter« des Art. 4 III GG sieht (S. 44). Nach dieser Lehre ist Art. 4 III GG kein selbständiges Grundrecht, sondern nur eine »Ausstrahlung« der Gewissensfreiheit des Art. 4 I GG auf die allgemeine Wehrpflicht (S. 38 ff.). – Zur Kritik des Begriffs der Wehrgerechtigkeit s. Ipsen (N. 3), S. 166. Dagegen deutet Dorig, Gewissensfreiheit und Diskriminierungsverbot als Grenzen einer Neugestaltung des Zivildienstes nach Art. 12a Abs. 2 GG, 1981, den Grundsatz der Wehrgerechtigkeit als eine bereichsspezifische Ausprägung des Grundsatzes der Pflichtengleichheit und demgemäß als ein striktes Gleichheitsgebot (S. 52 ff.)

12 BVerfGE 48, 127 (162); näher dazu Eckertz (N. 3), S. 63 ff.

13 Der Senat gibt dieses Ziel indirekt zu erkennen: BVerfGE 48, 127 (169).

14 Ebd., S. 168, auch 7. Leitsatz (S. 128 f.).

15 Der Begriff hat durch den Beschluß des 2. Senats v. 5. 11. 1974, BVerfGE 38, 154 (167), in die Verfassungsrechtsprechung Eingang gefunden. Gegen seine Einführung »als grundrechtsdogmatische Großbegriffe« (N. 3), S. 155 f. Sp.

16 Zu dem Streit um die Zulässigkeit dieser Übertragung s. Dorig (N. 11), S. 54 ff., der wie das BVerfG den Grundsatz der Wehrgerechtigkeit auch auf das Verhältnis der Wehrdienstpflicht (Art. 12a I GG) zur Ersatzdienstpflicht (Art. 12a II GG) erstreckt. A. A. jetzt auch Berg (N. 3), S. 604.

legen den Mut gehabt, das Scheitern der Reform einzugestehen, wäre die Verantwortung des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts für das Scheitern der Reform klar geblieben. Die weitere Auseinandersetzung hätte an der richtigen Front geführt werden können. Statt dessen spiegelten die Befürworter einer »Abschaffung der Gewissensprüfung« sich vor, dieses Ziel auf dem vom Bundesverfassungsgericht offengelassenen Weg einer »Ausgestaltung des Ersatzdienstes als einziger Probe der Gewissensentscheidung«<sup>17</sup> noch erreichen zu können.<sup>18</sup> Damit waren sie aber gezwungen, die Prämissen des Bundesverfassungsgerichts zu übernehmen. Der Maßstab der Wehrgerechtigkeit gehört zu den tragenden Gründen des Urteils, an die der Gesetzgeber nach der herrschenden Auslegung des § 31 I BVerfGG gebunden ist.<sup>19</sup> Die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Richtlinien für eine Neuregelung sind dagegen nur ein unverbindliches obiter dictum. Gleichwohl wurden bei den Bemühungen um eine Neuregelung auch diese Richtlinien so behandelt, als stünden sie im Grundgesetz. Die SPD hat sich mit besonderer Betonung dem Urteil des 2. Senats untergeordnet. Anders als der Gesetz gewordene Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der FDP hebt der Gesetzentwurf, den die SPD-Fraktion am 27. Oktober 1982, also kurz nach dem Regierungswechsel, beschlossen hat, bereits auf dem Vorblatt die »Berücksichtigung der vom Verfassungsgericht festgestellten verfassungsrechtlichen Grenzen« hervor.<sup>20</sup> Im Ergebnis haben die Reformbemühungen der SPD nur eine Legitimation des Urteils des Bundesverfassungsgerichts bewirkt. Insofern hat die SPD die Rolle eines Geburtshelfers des neuen Gesetzes gespielt. Das Versprechen einer »Abschaffung der Gewissensprüfung« war das Lockmittel, durch das die Anhänger dieses Ziels in eine Verfahrensgeschichte verstrickt worden sind,<sup>21</sup> in der sich das Gegenteil des von ihnen Gewollten durchgesetzt hat.

## II. Das Gesetzgebungsverfahren

Das neue Gesetz ist in einem Eilverfahren verabschiedet worden. Den Anstoß gab der von der SPD-Fraktion am 27. Oktober 1982 beschlossene Entwurf eines Kriegsdienstverweigerungs-Neuordnungsgesetzes.<sup>22</sup> Durch diese Initiative der SPD wurden die Parteien der neuen Koalition gezwungen, sich dem Thema zu stellen. Die FDP war weiterhin zu interfraktionellen Gesprächen bereit.<sup>23</sup> Wie schon unter der sozialliberalen Koalition drohte aber auch unter der neuen Regierung eine Novellierung an den Forderungen der CSU nach einer weitergehenden Erschwerung<sup>24</sup> zu scheitern.<sup>25</sup> Es wird berichtet, in einer direkten Unterredung zwischen dem zuständigen Minister Geißler und dem Vorsitzenden der CSU Strauß sei eine erste Eini-

17 BVerfGE 48, 127 (170).

18 Zu dem Stand der Reformbemühungen Mitte 1981 s. Krölls, KJ 1981, 255 (264 ff.). Dort bereits die Einschätzung, daß »die Beibehaltung des status quo« »nicht die schlechteste aller denkbaren Lösungen« wäre (S. 268).

19 St. Rspr. des BVerfGs seit BVerfGE 1, 14 (37); dagegen Eckertz, Der Staat, 1978, 183.

20 BT-Drs. 9/2064. Am Anfang der Begründung weisen sowohl der SPD-Entwurf (S. 6) als auch der CDU/CSU-FDP-Entwurf (N. 2, S. 7) auf die durch das Urteil gesetzten Grenzen hin.

21 S. dazu Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969, S. 44.

22 Oben N. 20. Der Entwurf wurde bei nur einer Gegenstimme beschlossen, Rhein-Neckar-Zeitung (RNZ) v. 28. 10. 1982.

23 RNZ v. 4. 12. 1982.

24 S. den Beschluß der Landesdelegiertenversammlung des wehrpolitischen Arbeitskreises der CSU vom 16. 7. 1982, abgedruckt in »Zur Kritik der KDV-Neuregelung«, hrsg. von der Zentralstelle für Recht und Schutz der Kriegsdienstverweigerer aus Gewissensgründen e. V., Bremen, S. 44 ff.

25 RNZ v. 4. 11. 1982.

gung erzielt worden.<sup>26</sup> Am 15. November erklärte sich der CSU-Vorstand »grundsätzlich zu einer Abschaffung der mündlichen Gewissensprüfung für Wehrdienstverweigerer und einer Verlängerung des Zivildienstes von 15 auf 21 Monate« bereit.<sup>27</sup> Bereits zwei Tage später, am Buß- und Bettag, einigten sich Vertreter der drei Koalitionsparteien auf eine Neuregelung.<sup>28</sup> Neun Tage später, am 26. November, wurde der Gesetzentwurf zusammen mit dem Entwurf der SPD in erster Lesung vom Bundestag beraten.<sup>29</sup>

Auf Antrag der SPD beschloß am Donnerstag, dem 2. Dezember, der federführende Bundestagsausschuß für Jugend, Familie und Gesundheit eine Anhörung am darauffolgenden Mittwoch, dem 8. Dezember.<sup>30</sup> Am Freitag, dem 3. Dezember, wurde die Einladung mit den Anlagen an die einzuladenden Verbände, Institutionen und Sachverständigen versandt.<sup>31</sup> Eine vorherige Willensbildung in den Verbänden war so nicht möglich. Aber auch nur wenige der geladenen Verbändevertreter und Sachverständigen hatten die Zeit gefunden, sich mit dem Gesetz genauer auseinanderzusetzen.<sup>32</sup> Mit Ausnahme des Christlichen Gewerkschaftsbunds und des Deutschen Bundeswehrverbandes e. V. lehnten alle Verbände und vor allem auch die evangelische und die katholische Kirche das Gesetz ab. Das Urteil derer, die wirklich in der Lage waren, das Gesetz zu beurteilen, war vernichtend.<sup>33</sup> Trotzdem wurde das Gesetz nur in Einzelheiten geändert, die die in der Anhörung aufgewiesenen strukturellen Mängel nicht beseitigen.<sup>34</sup> Der endgültige Text des Gesetzes war bis zum Donnerstag der darauffolgenden Woche, an dem das Gesetz in 2. und 3. Lesung verabschiedet wurde, nur wenigen bekannt. Selbst einen Tag vor der Verabschiedung lag das Gesetz »noch nicht als Drucksache, sondern erst in wenigen hektographierten Exemplaren vor.«<sup>35</sup>

Die Beratung und Verabschiedung des KDVG fiel zudem in eine Zeit, in der die

26 Rheinischer Merkur (Christ und Welt) v. 3. 12. 1982. Das Gespräch wird auch in dem Artikel der RNZ v. 4. 11. 1982 erwähnt.

27 RNZ v. 16. 11. 1982. An dem vorangehenden Wochenende v. 13./14. 11. hatte der Vorsitzende der CSU-Landesgruppe im Bundestag Theo Waigel angekündigt, die Regelung der Kriegsdienstverweigerung werde »in den nächsten Wochen Thema von Gesprächen zwischen der CDU/CSU und der FDP sein«, zitiert nach der RNZ v. 15. 11. 1982 (Hervorh. R. E.).

28 Nach einer Mitteilung Geißlers, RNZ v. 18. 11. 1982. Der Entwurf wurde am 18. 11. von Geißler, dem CSU-Abgeordneten Klaus Hartmann und der neuen FDP-Generalsekretärin I. Adam-Schwaetzer der Presse vorgestellt (RNZ v. 19. 11. 1982).

29 RNZ v. 27./28. 11. 1982.

30 Der Fragenkatalog der SPD dokumentiert ihre Orientierungslosigkeit, s. Deutscher Bundestag, 9. Wahlperiode 1980, 13. Ausschuß, Protokoll Nr. 44, S. 9 ff.

31 Zeitangaben nach einer Erklärung des Ausschußvorsitzenden Höpfinger, Prot. S. 32 f.

32 Ich selbst habe am 3. 12. eine Stellungnahme verfaßt, die von der Forschungsstätte der Ev. Studiengemeinschaft (Heidelberg) Amtsträgern der EKD und der Öffentlichkeit vorgelegt wurde (abgedruckt in Deutsches All. Sonntagsblatt v. 12. 12. 1982, s. auch Evang. Pressedienst – epd – Zentralausgabe Nr. 236 v. 6. 12. 1982, S. 6). In der Anhörung hat der Vertreter der EKD einen Teil dieser Stellungnahme übernommen (Prot. S. 35).

33 Besonders hervorzuheben ist die Stellungnahme des Vertreters des zuständigen Senats des BVerwGs Dr. Gerhard Seibert. Scharfsichtig auch der Vertreter der Deutschen Friedensgesellschaft – Vereinigte Kriegsdienstgegner e. V. – Hans Bubenzer und die Sachverständigen Richter am Verwaltungsgericht Wolfgang Molitor und Rechtsanwalt Michael Hofferbert.

34 Die FDP, für die die Anhörung ein »Schock« war (so der Abgeordnete Eimers, Stuttgarter Zeitung v. 11. 12. 1982; s. auch die Stellungnahme des FDP-Abg. Bergerowski Stuttgarter Zeitung v. 7. 12. 1982), gab sich mit diesen Änderungen zufrieden. Es scheint, daß die FDP-Fraktion, die infolge des Koalitionswechsels ihre linken Köpfe verloren hatte, den Inhalt und die wahre Zielsetzung des Gesetzes nicht durchschaut hat. – Der zuständige Minister Dr. Geißler »zeigte sich am Donnerstag, 9. Dezember, unbeeindruckt von den verfassungsrechtlichen Bedenken und fast ausschließlich negativen Urteilen bei der öffentlichen Anhörung am Vortag« (epd, Zentralausg. Nr. 240 v. 10. 12. 1982, S. 3). Er hatte statt an der Anhörung an einer Sitzung des Verteidigungsausschusses teilgenommen, der gleichzeitig über das Gesetz beriet; s. dazu die Kontroverse in dem Ausschuß für Jugend, Familie und Gesundheit, Prot. S. 59 ff.

35 FAZ v. 16. 12. 1982. Dort wird auch über weitere durch den Zeitdruck verursachte Unstimmigkeiten berichtet.

Aufmerksamkeit der Abgeordneten und der Öffentlichkeit durch die Neuwahlfrage und die Verabschiedung des Haushalts, mit deren Notwendigkeit die Regierung die Ablehnung sofortiger Neuwahlen begründete, absorbiert war. Am Tage nach der Anhörung, Donnerstag, dem 9. Dezember, stimmten die Koalitionsfraktionen dem Verfahren zu, Neuwahlen über eine Vertrauensfrage nach Art. 68 GG herbeizuführen. In der gleichen Sitzung am 16. Dezember, in der der Bundestag das KDVNG verabschiedete, beschloß er auch den Haushalt. Einen Tag später stellte Kanzler Kohl die Vertrauensfrage. Der Streik, durch den die Zivildienstleistenden am 27. Januar 1983 gegen das Gesetz protestierten, fand in den Medien kaum Beachtung.<sup>36</sup> Die Neuregelung der Kriegsdienstverweigerung wurde kein Wahlkampfthema.<sup>37</sup> Ohne daß zuvor noch für die Öffentlichkeit erkennbar um eine Verhinderung des Gesetzes gerungen wurde, fand das Gesetzgebungsverfahren in der Zustimmung des Bundesrates am 4. Februar und der Ausfertigung durch den Bundespräsidenten am 26. Februar seinen Abschluß.

Die Anomalien des Verfahrens erhalten dadurch eine besondere Tragweite, daß die Öffentlichkeit nicht vollständig und zutreffend über das Gesetz informiert wurde. Das Gesetz wurde der Öffentlichkeit als eine Abschaffung der Gewissensprüfung präsentiert.<sup>38</sup> Diese Frage wurde zwar zum Gegenstand eines Parteienstreits,<sup>39</sup> gerade dadurch wurde aber die Aufmerksamkeit von wichtigen, teilweise völlig neuen und undiskutierten Neuregelungen abgelenkt. Ein politischer Streitpunkt war auch die Verlängerung des Zivildienstes. Wesentliche andere Regelungen wie die, daß das Bundesamt für den Zivildienst den Antrag allein auf Grund der Aktenlage ablehnen kann, blieben jedoch unbekannt. Die in dem Gesetz versteckte erhebliche Einschränkung der Kriegsdienstverweigerung im Spannungs- und Verteidigungsfall<sup>40</sup> wurde auch von Experten nicht bemerkt.

Es gibt keinen sachlichen Grund, durch den sich die Eile, mit der das Gesetz verabschiedet worden ist, rechtfertigen ließe. Geißler zufolge war ein Hauptmotiv der Neuregelung der Stau von fast 100 000 unerledigten Anträgen auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer.<sup>41</sup> Aber auch dieses Problem zwang nicht dazu, das Gesetz noch vor den Neuwahlen vom 6. März 1983 zu verabschieden, zumal da es erst am 1. Januar 1984 in Kraft tritt.<sup>42</sup> Der Hauptakteur Geißler, in Sachen Kriegsdienstverweigerung ein gefallener Engel,<sup>43</sup> ließ sich von der Kritik an dem Gesetz vor allem darum nicht beeindrucken, weil er beweisen wollte, daß die Koalition in der Lage war, eine »jahrelange ergebnislose und kontroverse Diskussion« zu beenden.<sup>44</sup> Die Regelung einer Materie, in der mit der Gewissensfreiheit das Zentrum der Men-

<sup>36</sup> Immerhin wurde eine lokale Berichterstattung erreicht. In der RNZ (v. 26. 1. 1983 auf der Lokalseite) wurde aus Anlaß des Streiks zum ersten Mal zutreffend über den Inhalt des Gesetzes berichtet.

<sup>37</sup> Als wäre nichts geschehen, verspricht der SPD-Kanzlerkandidat Vogel in einer am 23. 1. 1983 verteilten Wahlbroschüre: »Als Bundeskanzler werde ich die Gewissensprüfung abschaffen«. Die FDP beschloß ungeachtet der Zustimmung ihrer Abgeordneten zu dem KDVNG auf ihrem Freiburger Wahlparteitag die Forderung nach vollständiger Abschaffung der Gewissensprüfung (Die Zeit v. 4. 2. 1983, S. 5).

<sup>38</sup> Noch in einem Spiegel-Interview v. 20. 12. 1982 behauptet Geißler: »Unser Gesetz stellt klar, daß es die bisherige mündliche Gewissensprüfung – überhaupt die Gewissensprüfung für ungediente Wehrpflichtige – nicht mehr gibt« (S. 54). Derselbe Dr. Heiner Geißler hielt im Wahlkampf der SPD das Brecht-Zitat vor: »Wer die Wahrheit kennt und sie eine Lüge nennt, ist ein Verbrecher«.

<sup>39</sup> So wurde in der ARD-Tagesschau vom 16. 12. 1982 berichtet, die Kriegsdienstverweigerungs-Neuregelung sei gegen den heftigen Widerstand der SPD verabschiedet worden. Die Gewissensprüfung sei nach Ansicht von CDU/CSU und FDP beseitigt, was jedoch die SPD bestreite.

<sup>40</sup> Dazu unten unter III. 5. b.

<sup>41</sup> Epd, Zentralausg. Nr. 240 v. 10. 12. 1982, S. 3.

<sup>42</sup> Art. 6 II KDVNG.

<sup>43</sup> Heinrich Geißler, Das Recht der Kriegsdienstverweigerung nach Art. 4 Abs. 3 des Grundgesetzes, Tübinger jur. Diss. 1960.

<sup>44</sup> Epd (wie N. 41). S. auch das Spiegel-Interview v. 20. 12. 1982, S. 54.

schonwürde betroffen ist, wurde so zum Mittel des Beweises der Handlungsfähigkeit der neuen Regierung. Die Verabschiedung des KDVNG war aber gar nicht von der behaupteten *raison d'être* dieser Regierung gedeckt. Sie steht in Widerspruch zu der These, der Regierungsauftrag sei auf ein »Notprogramm« beschränkt gewesen, auf die der Bundeskanzler seine Vertrauensfrage gestützt hat.<sup>45</sup>

Das Mehrheitsprinzip ist bloß ein Instrument zur Durchsetzung des Willens einer Minderheit, wenn die Entscheidung nicht aus einem Verfahren hervorgeht, in dem wenigstens ansatzweise die alte liberale Idee einer rationalen öffentlichen Diskussion wirksam ist. Ein tragender Pfeiler der Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts ist das Gebot eines »freien und offenen Prozesses der Meinungs- und Willensbildung des Volkes«. <sup>46</sup> Der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in dem Öffentlichkeitsarbeits-Urteil vom 2. März 1977 den hoch greifenden Satz ausgesprochen:

»Eine verantwortliche Teilhabe der Bürger an der politischen Willensbildung des Volkes setzt voraus, daß der Einzelne von den zu entscheidenden Sachfragen, von den durch die verfaßten Staatsorgane getroffenen Entscheidungen, Maßnahmen und Lösungsvorschlägen genügend weiß, um sie zu beurteilen, billigen oder verwerfen zu können.«<sup>47</sup>

Dies muß erst recht für die Abgeordneten, die ein Gesetz beschließen, gelten. Andernfalls ist ihre Verantwortung vor dem Wähler nur ein leeres Wort.<sup>48</sup> Das KDVNG ist zwar nicht schon wegen der Art seines Zustandekommens verfassungswidrig. Die verfassungsrechtliche Kontrolle des Gesetzgebungsverfahrens muß auf formalisierbare Verstöße beschränkt bleiben. Aber der demokratische Rechtsstaat hat geistig-moralische Voraussetzungen, die nicht hergestellt, wohl aber zerstört werden können.

Das Land Bremen hat eine Klage gegen das Gesetz vor dem Bundesverfassungsgericht angekündigt.<sup>49</sup> Zuständig ist der 2. Senat, der die Kriegsdienstverweigerungsnovelle der sozialliberalen Koalition für verfassungswidrig erklärt hat.

### III. Die Neuregelung des Anerkennungsverfahrens

#### 1. Die Systematik

Die Regelung des Anerkennungsverfahrens ist nicht mehr wie bisher Bestandteil des Wehrpflichtgesetzes, sondern wird nun in einem selbständigen Gesetz, dem »Gesetz über die Verweigerung des Kriegsdienstes mit der Waffe aus Gewissensgründen (Kriegsdienstverweigerungsgesetz – KDVG)« geregelt (Art. 1 des KDVNG). In dieser Verselbständigung der durch Art. 4 III 2 GG gebotenen Regelung des Näheren durch Gesetz wirkt noch die ursprüngliche, den Kriegsdienstverweigerern günstige Intention der Neuregelung nach. Das Gesetz ist hier klüger als der Gesetzgeber. Bei der Wehrgesetzgebung im Jahre 1956 war die Eingliederung der Regelung des Anerkennungsverfahrens in das Wehrpflichtgesetz vom Gesetzgeber damit begründet worden, das Recht der Kriegsdienstverweigerung gehöre »systematisch in den vom

45 Der 2. Senat des BVerfGs hat dies in seinem Urteil v. 16. 2. 1983 (NJW 1983, 735) unbeachtet gelassen (S. 740 I. Sp., 741 r. Sp.).

46 BVerfGE 20, 56 (97) – Parteifinanzierung; 44, 125 (139) – Öffentlichkeitsarbeit der Regierung; 57, 295 (319) – Saar-Fernsehen.

47 BVerfGE 44, 125 (147).

48 Dazu, daß die »demokratische und rechtsstaatliche Herrschaftsordnung des Grundgesetzes eine erkennbare Verantwortlichkeit im Staat« voraussetzt, s. BVerfGE 9, 268 (281) – Bremisches Personalvertretungsgesetz, dort bezogen auf die Regierung.

49 Durch den Bremer Bürgermeister Koschnick bei der Verabschiedung des KDVNG im Bundesrat am 4. 2. 1983 (RNZ v. 5. 2. 1983).

Wehrpflichtgesetz behandelten Fragenkreis«, weil es auch dabei um die Frage der Verfügbarkeit des Wehrpflichtigen gehe.<sup>50</sup> Mit der Einordnung der Regelung des Anerkennungsverfahrens in das Wehrpflichtgesetz wurde also der Systematik nach das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung dem Interesse der Bundeswehr an der Verfügbarkeit der Wehrpflichtigen untergeordnet. Obwohl der Begriff der Wehrgerechtigkeit damals noch nicht in den Rang eines Verfassungsbegriffs aufgestiegen war, hat damit der Gesetzgeber der Sache nach den rechtsdogmatischen Ansatz des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 13. April 1978 bei der Wehrgerechtigkeit<sup>51</sup> vorweggenommen. Wenn nun das Recht der Kriegsdienstverweigerung aus dem Wehrpflichtgesetz ausgegliedert wird, wird es – gegenläufig zu dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts – statt der allgemeinen Wehrpflicht des Art. 12a I GG dem Grundrecht des Art. 4 III GG zugeordnet. An diese neue Systematik anknüpfend kann die weitere rechtsdogmatische Arbeit das Prinzip der Wehrgerechtigkeit zurückdrängen.

## 2. Der Anwendungsbereich der Neuregelung

Die Forderung nach einer »Abschaffung der Gewissensprüfung« wird durch das neue Gesetz schon insofern nicht erfüllt,<sup>52</sup> als ein großer Teil von Antragstellern von vornherein dem bisherigen Verfahren vor den Prüfungsausschüssen und Prüfungskammern unterliegt.

a) Wie bisher werden Soldaten, Reservisten, ungediente Wehrpflichtige von Prüfungsausschüssen und -kammern in mündlicher Verhandlung dann geprüft, wenn sie einberufen oder vorbenachrichtigt sind, (§ 9 I KDVG) sowie im Spannungs- und Verteidigungsfall alle (§ 8 Satz 1 KDVG). Die Kriegsdienstverweigerung von Soldaten und die Kriegsdienstverweigerung im Krieg sind die prekärsten Fälle, weil hier das vom Grundgesetz in Art. 4 III 1 ausgesprochene Verbot »Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden« und das Interesse an der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr am unmittelbarsten miteinander kollidieren. Die Kriegsdienstverweigerung von Soldaten und die Kriegsdienstverweigerung im Krieg sind die Nagelprobe auf das Grundrecht des Art. 4 III GG.

Dieser Bereich blieb bereits bei den früheren Bemühungen um eine »Abschaffung der Gewissensprüfung« ausgeklammert. Schon der Gesetzentwurf, der am Anfang dieser Bemühungen steht, der Entwurf der Fraktionen der SPD und F.D.P. vom 5. Juni 1976<sup>53</sup> sah vor, daß Soldaten, Reservisten und einberufene sowie vorbenachrichtigte ungediente Wehrpflichtige nach dem alten Verfahren zu prüfen seien.<sup>54</sup> Zudem wurde der Bundesregierung die rechtsstaatlich bedenkliche<sup>55</sup> Ermächtigung erteilt, auch für die übrigen Kriegsdienstverweigerer durch Rechtsverordnung das alte Verfahren wieder einzuführen, »wenn und solange die Zahl der verfügbaren Wehrpflichtigen aus den aufgerufenen Jahrgängen nicht ausreicht, die Erfüllung des Verteidigungsauftrags der Streitkräfte sicherzustellen.«<sup>56</sup> Diese Regelung wurde Be-

<sup>50</sup> Begründung des Entwurfs des Wehrpflichtgesetzes v. 12. 4. 1956, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode Drs. 2303, S. 31 I. Sp.

<sup>51</sup> Oben bei N. 9.

<sup>52</sup> Unter einer »Abschaffung der Gewissensprüfung« kann allerdings sehr Unterschiedliches verstanden werden. So wird in der Begründung des KDVG (N. 2, S. 8) behauptet: »Eine solche Regelung wird seit Jahren nicht nur von den Verbänden der Kriegsdienstverweigerer sondern auch von den Kirchen, den Gewerkschaften und zahlreichen anderen gesellschaftlichen Gruppen gefordert«.

<sup>53</sup> BT-Drs. 7/3730, abgedruckt bei Blumenwitz (N. 3), S. 277 ff.

<sup>54</sup> § 26a WpflG i. V. m. § 1a ZDG.

<sup>55</sup> S. dazu die Wiedergabe des Klägervortrags in BVerfGE 48, 127 (144 f.).

<sup>56</sup> § 26 II 1 WpflG.

standteil des vom Bundestag am 13. Juli 1977 verabschiedeten und vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärten Gesetzes.<sup>57</sup> Es war von vornherein klar, daß eine andere Regelung unter den Rahmenbedingungen des Ost-West-Konflikts politisch nicht durchgesetzt werden kann. Zudem ist ein Ersatz der »Gewissensprüfung« durch eine »Ausgestaltung des Ersatzdienstes als einzige Probe auf die Gewissensentscheidung«<sup>58</sup> bei Reservisten, Berufs- oder Zeitsoldaten, deren Dienstzeit die Dauer der Wehrpflicht schon überschritten hat, und besonders im Krieg unmöglich.<sup>59</sup> Diejenigen, die eine »Abschaffung der Gewissensprüfung« fordern, haben sich bis heute nicht eingestanden, daß diese Forderung gerade in den prekärsten Fällen nicht erfüllbar ist.

b) Das neue Verfahren einer Prüfung nach Aktenlage gilt also nur für ungediente Wehrpflichtige. Aber auch bei ungedienten Wehrpflichtigen kommt das Verfahren vor den Prüfungsausschüssen und -kammern zur Anwendung, wenn sie bereits zum Wehrdienst einberufen oder vorbenachrichtigt sind (§§ 4 I, 9 I 1 KDVG).<sup>60</sup> Die Vorbenachrichtigung ist die schriftliche Benachrichtigung eines Wehrpflichtigen, »daß er als Ersatz für Ausfälle kurzfristig einberufen werden kann« (§§ 4 I, 9 I 1 WPflG). Unklar ist hier zunächst, ob eine irgendwann einmal früher ausgesprochene Einberufung oder Vorbenachrichtigung ausreichen soll. Vor allem aber sind die Voraussetzungen einer Vorbenachrichtigung weder durch das WPflG (s. § 21) noch durch die MusterungsVO (s. § 13) festgelegt.<sup>61</sup> Bei ungedienten Wehrpflichtigen sind also die Anwendungsbereiche des im 2. Abschnitt des KDVG geregelten neuen Verfahrens nach Aktenlage und des im 3. Abschnitt des Gesetzes geregelten Verfahrens vor den Ausschüssen und Kammern nicht rechtlich abgegrenzt. Die Wehrersatzverwaltung kann durch Einberufungen und besonders durch Vorbenachrichtigungen nach ihrem Belieben bestimmen, ob der 2. oder der 3. Abschnitt des Gesetzes zur Anwendung kommt.

c) Nach dem neuen Gesetz gilt das Anerkennungsverfahren vor Prüfungsausschüssen und -kammern ferner für die Gruppe der Zweit Antragsteller (§ 22 KDVG), die keine Quantité négligeable ist.<sup>62</sup> Nach der Übergangsregelung des § 20 KDVG sind die Vorschriften des neuen Gesetzes über das Verfahren vor Prüfungsausschüssen und -kammern auch auf Antragsteller anzuwenden, »die einen Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer vor dem 1. Juli 1983 gestellt haben, über den bei Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht unanfechtbar oder rechtskräftig entschieden worden ist«.<sup>63</sup> Im Umkehrschluß ergibt sich aus § 20 KDVG, daß auf Kriegsdienstverweigerer, die ihren Antrag nach dem 1. Juli 1983 stellen, bereits das neue Recht anzuwenden ist, obwohl es erst am 1. Januar 1984 in Kraft tritt (Art. 6 II KDVG).<sup>64</sup>

<sup>57</sup> BGBl. 1977 I S. 1229, abgedruckt bei Blumenwitz (N. 3), S. 330 ff.

<sup>58</sup> BVerfGE 48, 127 (170); s. oben bei N. 7.

<sup>59</sup> Darauf, daß der zivile Ersatzdienst als Indiz der Echtheit der Gewissensentscheidung das Problem der Kriegsdienstverweigernden Soldaten und Reservisten nicht löst, hat auf Grund einer Vorlage F. Eitels vom 23. 9. 1982 der Ausschuß der EKD für Kriegsdienstverweigerer und Zivildienstleistende vom 7. 10. 1982 hingewiesen.

<sup>60</sup> Diese Regelung enthält auch schon die von der sozialliberalen Koalition beschlossene und am BVerfG gescheiterte Novelle v. 13. 7. 1977 (N. 57, § 25a I 1 WPflG).

<sup>61</sup> Auf diese beiden Unklarheiten hat Hofferbert in der Anhörung v. 8. 12. 1982 hingewiesen (Prot. S. 181 und 84).

<sup>62</sup> Der Zweit Antrag ist oft die letzte Hoffnung derer, die entschlossen sind, an der Kriegsdienstverweigerung auch dann festzuhalten, wenn sie nicht anerkannt werden, die also vor der Alternative stehen, nach Berlin oder ins Ausland zu fliehen oder eine (neuerdings wiederholte) Bestrafung wegen Fahnenflucht, eigenmächtiger Abwesenheit oder Gehorsamsverweigerung (§§ 16, 12, 20 WehrStrG) – und zwar in der Regel eine Freiheitsstrafe – auf sich zu nehmen.

<sup>63</sup> Dabei ist offenbar nicht bedacht worden, daß die Ausschüsse und Kammern nach neuem Recht anders besetzt sind (§§ 9 II und III, 18 I 2 KDVG).

<sup>64</sup> S. auch Art. 4 II KDVG; dazu unten N. 131 a. E.



### 3. Die Grundzüge der Prüfung nach Aktenlage

a) Für den Teil der ungedienten Wehrpflichtigen, der nicht von vornherein wie bisher von Prüfungsausschüssen und -kammern geprüft wird, wird durch das KDVG ein Verfahren neuer Art, das Verfahren nach Aktenlage, eingeführt.<sup>65</sup> In diesem Verfahren entscheidet das Bundesamt für den Zivildienst (§ 4 I KDVG), d. h. praktisch ein in dem Gesetz nicht näher qualifizierter weisungsgebundener Beamter des Bundesamts, der dem Antragsteller unbekannt bleibt.<sup>66</sup>

Die Einführung dieses Verfahrens nach Aktenlage ist gemeint, wenn behauptet wird, durch das neue Gesetz sei die Gewissensprüfung abgeschafft worden.<sup>67</sup> Dabei wird die »Gewissensprüfung« mit einer mündlichen Verhandlung gleichgesetzt. Nach der Neuregelung tritt nur an die Stelle des bisherigen eine mündliche Anhörung einschließenden Verfahrens ein ausschließlich schriftliches Verfahren. Zudem kann das schriftliche Verfahren in ein Verfahren vor dem Prüfungsausschuß oder vor dem Verwaltungsgericht einmünden.<sup>68</sup> Durch das neue Gesetz wird also nur für einen Teil der Kriegsdienstverweigerer in einem ersten Verfahrensabschnitt die mündliche Anhörung abgeschafft.

Gerade an dem neuen schriftlichen Verfahren läßt sich aber zeigen, wie die Aushöhlung des Grundrechts der Kriegsdienstverweigerung durch das neue Gesetz aus der Forderung nach einer »Abschaffung der Gewissensprüfung« hervorgegangen ist. Das jetzt eingeführte Verfahren nach Aktenlage ist in nuce bereits in der legendären Postkarte des vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärten Gesetzes der sozialliberalen Koalition enthalten. Der SPD-Entwurf vom 28. Oktober 1982 hat für das neue Verfahren den Grundriß geliefert. Die ursprüngliche Zielrichtung konnte durch bloße An- und Ausbauten in ihr Gegenteil verkehrt werden.

b) Die Grundlage des Verfahrens nach Aktenlage ist der Antrag des Kriegsdienstverweigerers. Das neue Recht führt für alle Kriegsdienstverweigerer, also auch für diejenigen, die von vornherein vor die Prüfungsausschüsse kommen, die Pflicht ein, den Anerkennungsantrag schriftlich zu begründen. Im alten Recht hieß es dazu nur: »Er soll begründet werden« (§ 26 II 2 WPflG a. F.). An die Stelle dieser vier Worte treten nun zwei lange Sätze:

»Der Antrag muß die Berufung auf das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung (Artikel 4 Abs. 3 Satz 1 des Grundgesetzes) enthalten. Dem Antrag sind ein ausführlicher Lebenslauf und eine persönliche, ausführliche Darlegung der Beweggründe für die Gewissensentscheidung sowie ein Führungszeugnis (§ 28 des Bundeszentralregistergesetzes) beizufügen« (§ 2 II 2 und 3 KDVG).

<sup>65</sup> Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 9/2124, S. 10) hat diese Regelung folgende Zielsetzung: »Der zweite Abschnitt stellt das Kernstück der Neuregelung des Rechts der Kriegsdienstverweigerung dar. Ungediente Wehrpflichtige, die noch nicht einberufen und auch noch nicht vorbenachrichtigt sind, sollen künftig nach *bloß formaler Prüfung* ihres Antrags als Kriegsdienstverweigerer *anerkannt werden*. Damit entfällt für diesen Personenkreis, der die überwiegende Mehrheit der Antragsteller darstellt, das derzeitige Anerkennungsverfahren vor den Prüfungsausschüssen und -kammern. Die vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 13. April 1978 geforderte Überzeugung der zuständigen Behörde, daß eine durch Artikel 4 Abs. 3 Satz 1 des Grundgesetzes geschützte Gewissensentscheidung vorliegt, wird in Übereinstimmung mit diesem Urteil durch eine entsprechende Ausgestaltung des Zivildienstes, insbesondere durch eine verlängerte Dienstdauer erreicht« (Hervorh. R. E.). Hier wird schon dadurch ein falscher Eindruck erweckt, daß nur von dem Fall, daß das Bundesamt anerkennt, die Rede ist.

<sup>66</sup> Von informierter Seite ist zu erfahren, das Bundesamt plane, seinen Personalbestand um einige wenige Volljuristen und im übrigen um Beamte des mittleren Dienstes zu erweitern. Die Endentscheidung sollen die Volljuristen treffen. Die Beamten des mittleren Dienstes sollen prüfen, ob der Antrag vollständig ist (§ 5 I Nr. 1 KDVG). Dabei ist vorausgesetzt, daß diese Prüfung nur eine formale Prüfung ist (s. dazu unten bei N. 72 und N. 85).

<sup>67</sup> Oben N. 38.

<sup>68</sup> Dazu sogleich unter c.

c) Auf Grund des schriftlichen Verfahrens kann das Bundesamt für den Zivildienst drei Entscheidungen treffen. Es kann den Antragsteller anerkennen (§ 5 KDVG), es kann den Antrag ablehnen (§ 6 KDVG) oder es kann den Antrag dem Prüfungsausschuß zuleiten (§ 7 KDVG). In diesem dritten Fall kann der Prüfungsausschuß bzw. die Prüfungskammer wie das Bundesamt den Antragsteller nach Lage der Akten anerkennen (§§ 7 Satz 3, 14 III, 16 I 2 KDVG). Der Regelfall wird aber sein, daß der Prüfungsausschuß bzw. die Prüfungskammer wie bisher auf Grund einer mündlichen Anhörung entscheidet (§ 14 II KDVG). Im zweiten Fall, also wenn das Bundesamt den Antrag ablehnt, bleibt dem Antragsteller nur der Gang zum Verwaltungsgericht. Die angebliche Abschaffung der Gewissensprüfung bedeutet in diesem Fall nur, daß dem Antragsteller die Möglichkeit genommen ist, auf Grund einer mündlichen Anhörung durch den Prüfungsausschuß und die Prüfungskammer eine Anerkennung zu erreichen. Zudem ist das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht im Unterschied zu dem Verfahren vor den Prüfungsausschüssen und -kammern (§ 12 KDVG) nicht kostenfrei.

d) Welche Entscheidung das Bundesamt trifft, richtet sich nach *drei Teiltatbeständen*. Das Bundesamt hat zu prüfen, ob

- »1. der Antrag vollständig ist (§ 2 Abs. 2),
2. die dargelegten Beweggründe das Recht auf Kriegsdienstverweigerung zu begründen geeignet sind und
3. das tatsächliche Gesamtvorbringen des Antragstellers und die dem Bundesamt bekannten sonstigen Tatsachen keine Zweifel an der Wahrheit der Angaben des Antragstellers begründen« (§ 5 I KDVG).

Der Antragsteller ist anzuerkennen, wenn alle diese drei Voraussetzungen erfüllt sind (§ 5 I KDVG). Wenn eine der beiden ersten Voraussetzungen nicht erfüllt ist, ist der Antrag abzulehnen (§ 6 KDVG). Fehlt es an der dritten Voraussetzung, leitet das Bundesamt den Antrag an den Prüfungsausschuß weiter (§ 7 KDVG), der in der Regel wie bisher auf Grund einer mündlichen Anhörung entscheidet.

Bei dem 3. *Teiltatbestand* stellt sich die Frage, was mit »Zweifel(n) an der Wahrheit der Angaben des Antragstellers« gemeint ist. Es sind zwei Auslegungen möglich. Es könnte die Behauptung des Antragstellers, er sei zur Kriegsdienstverweigerung nach Art. 4 III GG/§ 1 KDVG berechtigt, insgesamt gemeint sein (weite Auslegung). Dann wäre der Antrag auch dann an den Prüfungsausschuß weiterzuleiten, wenn aufgrund einer unklaren Darlegung der *Beweggründe* Zweifel bestehen, ob der 2. *Teiltatbestand* erfüllt ist.<sup>69</sup> Es können aber auch nur die Behauptungen des Antragstellers über *Tatsachen* gemeint sein (enge Auslegung). Dann hätte, wenn zweifelhaft ist, wie die Darlegung der Beweggründe zu verstehen ist, das Bundesamt diese Zweifel selbst zu beseitigen, indem es die Begründung des Antragstellers auslegt und, falls die Zweifel nicht durch Auslegung der Darlegung des Antragstellers zu beheben sind, den Antragsteller nach § 25 Satz 1 VwVfG zu einer Klarstellung aufzufordern.<sup>70</sup> Die enge Auslegung hat die schwerwiegende Konsequenz, daß der Antragsteller schon durch das Bundesamt abgelehnt werden kann, wenn dieses seine Darlegung der Beweggründe zu seinem Nachteil auslegt.

Für die weite Auslegung spricht ein Vergleich des Wortlauts des § 7 Satz 1 (Verweisung an den Ausschuß) mit dem Wortlaut des § 5 I Nr. 3 KDVG (Anerkennung durch das Bundesamt). In § 5 I Nr. 3 heißt es »das tatsächliche Gesamtvorbringen«,

<sup>69</sup> Während des Gesetzgebungsverfahrens bestand der Eindruck, die Regelung sei in diesem Sinne zu verstehen.

<sup>70</sup> Eine Auslegung des § 5 KDVG, nach der Abs. 2 dieser Vorschrift (dazu unten unter 4. b) eine abschließende Regelung wäre und damit die Beratungspflicht nach § 25 Absatz 1 VwVfG ausschließen würde, wäre grob rechtsstaatswidrig.

in § 7 Satz 1 dagegen nur »das Gesamtvorbringen«. <sup>71</sup> Für die enge Auslegung spricht das Wort »Wahrheit«. »Zweifel an der Wahrheit« kann es nur bei Tatfragen, nicht bei Rechtsfragen geben. Für die enge Auslegung ausschlaggebend ist, daß, wie sogleich (unter 4. a) zu zeigen sein wird, der Systematik des Verfahrens nach Aktenlage die Trennung von Rechtsfrage (2. Teiltatbestand) und Tatfrage (3. Teiltatbestand) zugrundeliegt.

#### 4. Kritik des Verfahrens nach Aktenlage

a) Der Grundgedanke der neuen Regelung ist, die Prüfung des Gewissens durch eine Prüfung der drei Teiltatbestände zu ersetzen. Dabei wird offenbar unter dem Gewissen eine innere Tatsache verstanden, die bei der Prüfung der drei Teiltatbestände ausgespart bleiben soll. Nach dieser Intention ist der 1. Teiltatbestand, die Vollständigkeit des Antrags, nur etwas Formales. <sup>72</sup> Durch den 2. und 3. Teiltatbestand soll die Gewissensprüfung in eine Schlüssigkeitsprüfung (2. Teiltatbestand) <sup>73</sup> und eine Glaubwürdigkeitsprüfung (3. Teiltatbestand) aufgespalten <sup>74</sup> und die Prüfung auf eine bloße Schlüssigkeitsprüfung und eine bloße Glaubwürdigkeitsprüfung beschränkt werden. <sup>75</sup> Interpretiert man das Gesetz ad bonam partem, soll die Individualität des Antragstellers dadurch geschont werden, daß das Individuelle seiner Gewissensentscheidung bei der Prüfung nach Aktenlage ausgeklammert bleibt. <sup>76</sup>

b) Unterstellt man zunächst, eine solche Beschränkung sei möglich, so wird der Gedanke, durch diese Beschränkung das Prüfungsverfahren für den Kriegsdienstverweigerer zu erleichtern, schon dadurch in sein Gegenteil verkehrt, daß dann, wenn der 1. oder 2. Teiltatbestand nicht erfüllt ist, der Antrag abzulehnen ist. In diesen Fällen wird der Antragsteller schon darum abgelehnt, weil sein Antrag unvollständig ist oder weil die schriftlich »dargelegten Beweggründe das Recht auf Kriegsdienstverweigerung zu begründen nicht geeignet sind«. Die Beschränkung der Prüfung bedeutet in diesen Fällen, daß der Antragsteller auf Grund einer unvollständigen Prüfung abgelehnt wird.

Der Beschränkung des materiellrechtlichen Maßstabs der Prüfung entspricht formellrechtlich eine Beschränkung der Aufklärungs- und Ermittlungsbefugnis des Bundesamts. Hierbei zeigt sich die gleiche Verkehrung. – Wenn im Falle des 1. Teiltatbestandes der Antrag nach Ansicht des Bundesamts unvollständig ist, fordert es den Antragsteller auf, den Antrag innerhalb einer Frist von vier Wochen zu

<sup>71</sup> Das Adjektiv »tatsächliche« ist in § 5 I Nr. 3 KDVG nach der Anhörung v. 8. 12. 1982 hinzugefügt worden. § 7 Satz 1 KDVG ist in diesem Punkt unverändert geblieben. Möglicherweise ist das nur ein Redaktionsversehen.

<sup>72</sup> Die Gesetzesbegründung spricht von einer »formale(n) Prüfung« (s. unten bei N. 81). In der in N. 65 zitierten Vorbemerkung zum 2. Abschn. wird sogar die gesamte Prüfung nach Aktenlage als »bloß formale Prüfung« bezeichnet.

<sup>73</sup> So auch die Gesetzesbegründung, S. 7.

<sup>74</sup> So versteht auch Seibert das Gesetz, Prot. der Anhörung v. 8. 12. 1982, S. 72.

<sup>75</sup> Dieser Lösung haben Reformüberlegungen den Weg bereitet, die die »Gewissensprüfung« durch eine Prüfung der Glaubwürdigkeit ersetzen wollten. Von solchen Überlegungen einer FDP-Arbeitsgruppe wird in der RNZ v. 27. 6. 1981 berichtet. Urheber dieses Gedankens ist v. Zezschwitz, JZ 1970, 233 (bes. S. 236).

<sup>76</sup> Diese Absicht ist durch die nach der Anhörung vorgenommenen Änderungen des Gesetzeswortlauts noch unterstrichen worden. Bei dem 2. Teiltatbestand kam es nach dem ursprünglichen Gesetzentwurf darauf an, ob »die Begründung der Gewissensentscheidung den Antrag rechtfertigt«. Entsprechend war bei den Anforderungen an den Antrag (§ 2 II 2 KDVG, s. oben unter 3. b) statt von einer »Darlegung der Beweggründe für die Gewissensentscheidung« schlicht von einer »Begründung der Gewissensentscheidung« die Rede. Bei dem 3. Teiltatbestand hieß es statt »das tatsächliche Gesamtvorbringen« (§ 5 I Nr. 3) nur »das Gesamtvorbringen« (so weiterhin in § 7 Satz 1) und statt »sonstigen äußeren Tatsachen« (§ 5 I Nr. 3), bzw. »äußeren Tatsachen« (§ 7 Satz 1) »Tatsachen (Aktenlage)«.

vervollständigen (§ 6 I 2 KDVG). Kommt der Antragsteller dieser Aufforderung nicht nach oder ist sein Antrag nach Ansicht des Bundesamts dann immer noch nicht vollständig genug, ist der Antrag abzulehnen. So kann der Antrag beispielsweise abgelehnt werden, weil kein Führungszeugnis beigefügt ist. Darauf, ob der Antragsteller den Kriegsdienst aus Gewissensgründen verweigert, kommt es dann gar nicht mehr an. – Bei dem 2. *Teiltatbestand* wird dem Antragsteller durch den Wegfall der mündlichen Anhörung die Möglichkeit genommen, Mißverständnisse richtigzustellen. Wenn der Antragsteller eine Formulierung gebraucht, die auf eine als unzulässig angesehene »situationsbedingte« Kriegsdienstverweigerung schließen läßt (dazu unten unter d), kann in einer mündlichen Verhandlung der Beistand eine Zusatzfrage stellen, die eine Richtigstellung ermöglicht. Im Verfahren nach Aktenlage hat eine falsche oder vom Bundesamt mißverständene Formulierung die Ablehnung zur Folge.

Wenn bei dem 3. *Teiltatbestand* das Bundesamt Zweifel an der Wahrheit der Angaben des Antragstellers über äußere Tatsachen hat, hat es ihm »Gelegenheit zu geben, sich zu diesen ergänzend zu äußern und sie zu belegen« (§ 5 II 1 KDVG). In dem Gesetz heißt es ausdrücklich: »Eine darüber hinausgehende Tatsachenaufklärung findet durch das Bundesamt nicht statt« (Satz 2). Der Antragsteller muß dieser Aufforderung nachkommen, wenn er vermeiden will, daß sein Antrag an den Prüfungsausschuß verwiesen wird. Nach der im Verwaltungsverfahrensrecht geltenden Untersuchungsmaxime hat jedoch die Behörde die Verpflichtung, den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln (§ 24 I 1 VwVfG). Die scheinbar dem Antragsteller günstige Beschränkung der Ermittlungstätigkeit des Bundesamts bedeutet in Wahrheit eine Befreiung des Bundesamts von der zu der Untersuchungsmaxime gehörenden Ermittlungspflicht. Die Tatsachenaufklärung wird nicht abgeschafft, sondern bloß dem Antragsteller aufgebürdet. Andererseits wird die Untersuchungsmaxime aber auch nicht durch die Verhandlungsmaxime, die den Zivilprozeß beherrscht, ersetzt. Während nach der Verhandlungsmaxime die Parteien nicht nur den Tatsachenstoff beizubringen haben, sondern damit auch bestimmen, in welchem Umfang das Gericht den Tatsachenstoff berücksichtigen darf, gilt diese Begrenzung für das Bundesamt nicht. Das Bundesamt kann auch Tatsachen berücksichtigen, die ihm durch Hinweise von dritter Seite, etwa der Polizei, den Nachrichtendiensten oder privaten Informanten, bekannt geworden sind. In der Begründung des Gesetzentwurfs<sup>77</sup> wird von einer »Berücksichtigung eventuell dem Bundesamt über den Antragsteller bekannter Tatsachen« gesprochen. Aus der Kreuzung der Untersuchungs- mit der Verhandlungsmaxime geht so ein neues prozessuales Geschöpf hervor: die Zufallsmaxime. Damit kehrt sich aber auch die Schriftlichkeit des Verfahrens gegen den Antragsteller. Wegen des Grundsatzes der beschränkten Aktenöffentlichkeit (§ 29 VwVfG) sind die weiteren Informationsquellen seinem Einblick weitgehend entzogen.<sup>78</sup> Inwieweit er sich gegen Denunziationen wehren kann, hängt so davon ab, wie das Bundesamt die durch § 28 VwVfG gebotene (schriftliche) Anhörung handhabt. Nicht ohne Grund war – im Bereich des Strafrechts – die Einführung der öffentlichen und mündlichen Verhandlung eine der großen Forderungen des Liberalismus im Kampf gegen den Absolutismus.

c) Die entscheidende Frage ist, ob eine Beschränkung der Prüfung auf die drei

<sup>77</sup> Zu § 5 I, BT-Drs. 9/2124 S. 10, Hervorh. R. E.

<sup>78</sup> Für die Akteneinsicht kann zudem eine Reise zum Bundesamt (Köln) notwendig werden. Während im Verwaltungsprozeß nach § 100 II 3 VwGO die Akten nach dem Ermessen des Vorsitzenden dem bevollmächtigten Rechtsanwalt übergeben werden können, hat das VwVfG bewußt keine entsprechende Regelung für das Verwaltungsverfahren vorgesehen (Begründung BT-Drs. 7/910, S. 53 r. Sp.).

Teiltatbestände überhaupt möglich ist. In dem bisher geltenden Recht ist die Grundlage des Prüfungsverfahrens der Satz: »Über die Berechtigung, den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern, wird auf Antrag entschieden« (§ 26 I WPfStG a. F.). Danach ist der Gegenstand des Verfahrens die Entscheidung über die Berechtigung, den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern. Das KDVG hat diesen Satz als § 2 I übernommen. § 2 KDVG gehört zu den allgemeinen Vorschriften des 1. Abschnitts des KDVG, die sowohl für das Verfahren vor dem Bundesamt als auch für das Verfahren vor den Prüfungsausschüssen und -kammern gelten. Auch in dem Verfahren nach Aktenlage ist also *der Verfahrensgegenstand* die Frage, ob der Antragsteller berechtigt ist, den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern. Der Antragsteller ist berechtigt, den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern, wenn er den Tatbestand des Art. 4 III 1 GG bzw. des § 25 WPfStG a. F., jetzt § 1 KDVG erfüllt. Den Tatbestand des Art. 4 III 1 GG erfüllt, wer gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen würde. Den Tatbestand des § 1 KDVG erfüllt, »wer sich aus Gewissensgründen der Beteiligung an jeder Waffenanwendung zwischen den Staaten widersetzt und deshalb unter Berufung auf Art. 4 Abs. 3 des Grundgesetzes den Kriegsdienst mit der Waffe verweigert«. In beiden Tatbeständen ist das Gewissen ein Tatbestandsmerkmal, in Art. 4 III 1 GG unmittelbar, in § 1 KDVG in Form des Kompositums »Gewissensgründe«. Wenn »die Berechtigung, den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern«, überhaupt in einem Anerkennungsverfahren überprüft wird, ist daher unvermeidlich die von dem Antragsteller geltend gemachte Gewissensentscheidung Gegenstand der Überprüfung.

Der Gesetzgeber hat nicht erkannt, daß die Absicht, die Prüfung zu begrenzen, in Widerspruch dazu steht, daß der Verfahrensgegenstand weiterhin den gesamten Tatbestand des Art. 4 III 1 GG/§ 1 KDVG umfaßt. Dieser Widerspruch ist *der entscheidende Konstruktionsfehler* des Verfahrens nach Aktenlage. Er hat zum einen zur Folge, daß die Maßstäbe, nach denen das Bundesamt entscheidet, nicht hinreichend durch das Gesetz bestimmt sind. Zum anderen bricht der Widerspruch auf, wenn sich bei einer Klage gegen die Ablehnung durch das Bundesamt die Frage stellt, was der Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist (dazu unten unter f).

Weil einerseits die Gewissensentscheidung gegen den Kriegsdienst mit der Waffe Gegenstand der Überprüfung bleibt, andererseits aber die drei Teiltatbestände des Verfahrens nach Aktenlage das Gewissen aussparen, erfaßt der Normtext nicht den Verfahrensgegenstand. Durch den Normtext der drei Teiltatbestände werden nicht Sachverhalte abgegrenzt, die jeweils unter einen der drei Teiltatbestände subsumiert werden könnten.<sup>79</sup> Der Sachverhalt, über den zu entscheiden ist, ist immer größer als der Teiltatbestand, unter den er subsumiert werden soll. Damit hat der Gesetzgeber, ohne es zu wissen, dem Bundesamt eine extralegale Entscheidungsmacht eingeräumt.<sup>80</sup> Das Bundesamt kann zum einen die Anforderungen an die Erfüllung der drei Teiltatbestände nach Belieben hochschrauben. Es kann zum anderen die Lücke zwischen dem Verfahrensgegenstand und den gesetzlich normierten Teiltatbeständen durch selbstgesetzte Maßstäbe ausfüllen. Dies kann an den drei Teiltatbeständen im einzelnen gezeigt werden.

Gemäß dem 1. *Teiltatbestand* ist eine der drei Voraussetzungen einer Anerkennung, daß »der Antrag vollständig ist« (§ 5 I Nr. 1 KDVG), und umgekehrt der Antrag »abzulehnen, wenn er nicht vollständig ist« (§ 6 I 2 KDVG). In der Begründung des

<sup>79</sup> Daß die Begriffe, die den Maßstab der Prüfung nach Aktenlage bilden sollen, keine subsumtionsfähigen Begriffe sind, hat in der Anhörung Hofferbert eindringlich herausgestellt (Prot. S. 82 f.).

<sup>80</sup> Diese Entscheidungsmacht ist mit den Kategorien des unbestimmten Rechtsbegriffs oder des Beurteilungsspielraums nicht zu fassen. Diese setzen voraus, daß der Verfahrensgegenstand unter die Rechtsnorm subsumierbar ist.

Gesetzes heißt es dazu: »Das Bundesamt erkennt den Antragsteller an, wenn der Antrag in der vorgeschriebenen Form gestellt worden ist (formale Prüfung)«<sup>81</sup>. Die Verfasser des Gesetzes meinen, bei dem 1. Teiltatbestand sei eine inhaltliche Prüfung ausgeschlossen. Sowohl in § 5 I Nr. 1 als auch in § 6 I 2 KDVG wird jedoch durch einen Klammerzusatz auf »§ 2 Abs. 2« des Gesetzes verwiesen. Nach § 2 II 2 KDVG ist dem Antrag neben einem ausführlichen Lebenslauf und einem Führungszeugnis »eine persönliche, ausführliche Darlegung der Beweggründe für die Gewissensentscheidung« beizufügen.<sup>82</sup> Da das Bundesamt auf Grund der Verweisung auf § 2 II KDVG zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind, hat es auch zu prüfen, ob die Tatbestandsmerkmale einer »persönliche(n), ausführliche(n) Darlegung der Beweggründe für die Gewissensentscheidung« erfüllt sind.<sup>83</sup> Die Begriffe »persönlich« und »ausführlich« bedürfen einer Auslegung. Für diese ist der Zweck des Erfordernisses einer persönlichen, ausführlichen Darlegung der Beweggründe maßgeblich. Die Begriffe hätten beispielsweise einen anderen Sinn, wenn ein Ehebahnungsinstitut seine Kunden um eine »persönliche, ausführliche Darlegung der Beweggründe« bäte. Nach dem objektiven Sinn des KDVG soll die persönliche, ausführliche Darlegung der Beweggründe der Feststellung dienen, ob der 2. und 3. Teiltatbestand erfüllt sind. Die Ausführlichkeit der Darlegung der Beweggründe ist die Voraussetzung der Schlüssigkeitsprüfung (2. Teiltatbestand);<sup>84</sup> daß die Darlegung persönlich ist, ist die Voraussetzung für die (eingeschränkte) Glaubwürdigkeitsprüfung (3. Teiltatbestand). Aus einer Schlüssigkeits- und einer Glaubwürdigkeitsprüfung aber setzte sich die bisherige »Gewissensprüfung« zusammen. Hinter dem vermeintlich nur formalen Erfordernis der »persönliche(n), ausführliche(n) Darlegung der Beweggründe für die Gewissensentscheidung« verbirgt sich das ganze materielle Problem einer »Gewissensprüfung«.<sup>85</sup>

Die crux einer Prüfung des 1. Teiltatbestandes ist die Frage, wann die Darlegung der Beweggründe persönlich genug und ausführlich genug ist. Die Grundkonzeption des Gesetzes, nach der die Individualität des Antragstellers dadurch geschont werden soll, daß das Individuelle seiner Gewissensentscheidung bei der Prüfung nach Aktenlage ausgeklammert bleibt, kehrt sich hier gegen den Antragsteller. Obwohl seine Individualität aus dem Verfahren ausgeschlossen ist, wird von ihm eine Individualisierung seines Antrags verlangt. Sich gegenüber Fremden schriftlich »persönlich« auszudrücken, gelingt nur dem dichterischen Genie. Eine Gewissensentscheidung bildet sich durch Erfahrungen, die den in dem gleichen sozialen Raum lebenden Menschen gemeinsam sind. Daher wären die meisten Anträge selbst dann ähnlich oder gleichlautend formuliert, wenn die Antragsteller keine Beratungsbücher heranziehen würden.<sup>86</sup> Wie »ausführlich« eine Begründung sein muß, um zu überzeugen, hängt auch von dem Adressaten ab. Während in einer mündlichen Verhandlung der Geprüfte an den Reaktionen der Prüfer einen Anhaltspunkt hat, ist im

81 BT-Drs. 9/2124, S. 7.

82 S. oben unter 3. b). Zu Recht wird gegen dieses Erfordernis eingewendet, daß es schriftlungewandte Antragsteller benachteiligt (in der Anhörung Bubenzer, S. 43; Seibert, S. 71 und Molitor, S. 79 des Prot.; so auch in Stellungnahmen aus den Reihen der KDVB-Berater und -Beistände).

83 So in der Anhörung auch Molitor (Prot. S. 77) und Hofferbert (ebd., S. 83). – Diese Hintertür öffnete einen Spalt weit schon der § 2 II des SPD-Entwurfs v. 28. 10. 1982 (oben N. 20). Er lautet: »Dem Antrag ist eine Erklärung beizufügen, mit der der Antragsteller seine Gewissensentscheidung nach seinem persönlichen Ausdrucksvermögen darlegt«. Der Begründung des Entwurfs zufolge (unter 2., 1. Abs.) hat das Bundesamt festzustellen, ob dies der Fall ist.

84 So auch Molitor in der Anhörung, Prot. S. 78.

85 Die geplante Arbeitsteilung zwischen Volljuristen und Beamten des mittleren Dienstes (N. 66) ist daher undurchführbar.

86 Man vergleiche die Klischeehaftigkeit von Heirats- und Todesanzeigen, die ja auch etwas höchst Individuelles ausdrücken wollen.

schriftlichen Verfahren sein Adressat ein ferner Anonymus. Das Verlangen nach einer bloß schriftlichen »persönliche(n), ausführliche(n) Darlegung der Beweggründe für die Gewissensentscheidung« gleicht der Aufgabe, mit einem Sieb das Meer auszuschöpfen.

Der 2. und der 3. Teiltatbestand sollen der materielle Maßstab der Prüfung nach Aktenlage sein. Hierbei ist die *crux*, daß sie kein Maßstab sein können.

Die Zweifelsregelung des 3. *Teiltatbestandes*<sup>87</sup> beschränkt sich nicht auf eine Prüfung der Vereinbarkeit des Gesamtvorbringens des Antragstellers mit den dem Bundesamt bekannten sonstigen äußeren Tatsachen.<sup>88</sup> Andernfalls müßte § 5 I Nr. 3 KDVG lauten: »Der Antragsteller ist anzuerkennen, wenn der Vergleich seines (tatsächlichen) Gesamtvorbringens mit den dem Bundesamt bekannten sonstigen äußeren Tatsachen keine Zweifel an der Wahrheit seiner Angaben begründet« (*mutatis mutandis* ebenso § 7 Satz 1). Das Gesetz stellt jedoch das Gesamtvorbringen und die äußeren Tatsachen nebeneinander. Das Bundesamt kann den Antrag an die Ausschüsse verweisen, wenn es auf Grund des (tatsächlichen) Gesamtvorbringens *oder* auf Grund der ihm bekannten äußeren Tatsachen an der Wahrheit der Angaben zweifelt. Der 3. Teiltatbestand enthält keinen Maßstab für die Frage, wann Zweifel begründet sind. Ob der Beamte des Bundesamts Zweifel hat, hängt davon ab, was für ein Bild von einem »echten« Kriegsdienstverweigerer er sich macht. Da er möglicherweise nie einen leibhaftigen Kriegsdienstverweigerer zu Gesicht bekommt, kann er dieses Bild nicht an der Realität korrigieren. Maßstab für die Zweifel sind so die Vorurteile der Beamten des Bundesamts.

Bei dem 2. *Teiltatbestand* hängt die Entscheidung über Anerkennung oder Ablehnung davon ab, ob »die dargelegten Beweggründe das Recht auf Kriegsdienstverweigerung zu begründen geeignet sind«.<sup>89</sup> Maßgeblich dafür sind die materiellrechtlichen Tatbestände des Art. 4 III 1 GG bzw. des § 1 KDVG. Durch Art. 4 III 1 GG ist nicht jede beliebige Ablehnung, sondern nur eine Gewissensentscheidung geschützt und auch nicht die Gewissensentscheidung gegen die Beteiligung an allem, was militärischen Zwecken dient, sondern nur eine Gewissensentscheidung, die sich gegen den »Kriegsdienst mit der Waffe« richtet. Wenn ein Antragsteller Beweggründe angibt, die den Tatbestand des Art. 4 III 1 GG nicht erfüllen, wird er zu Recht abgelehnt. Es gibt folglich Beweggründe, die »das Recht auf Kriegsdienstverweigerung zu begründen nicht geeignet sind« (§ 6 I 1 KDVG).<sup>90</sup>

Wäre bei dem 2. Teiltatbestand nur eine Negativprüfung anhand des Art. 4 III 1 GG zulässig, wäre nur einzuwenden, daß im Verfahren nach Aktenlage Mißverständnisse möglich sind.<sup>91</sup> Die eigentliche Problematik der Schlüssigkeitsprüfung steckt in

<sup>87</sup> S. oben unter 3. d.

<sup>88</sup> So aber in dem von Minister Geißler in dem Spiegel-Interview (N. 38, S. 54) angeführten Beispiel: »Jemand sagt in seinem Lebenslauf, daß er seit zwei Monaten als Student in einer schlagenden Verbindung ist. Und er verweigert den Wehrdienst, weil er grundsätzlich, wie er sagt, gegen Waffenanwendung ist«. In diesem Falle läge es nahe, das Gesamtvorbringen dahingehend auszulegen, daß der Antragsteller – wie von § 1 KDVG nur gefordert – sich »der Beteiligung an jeder Waffenanwendung zwischen den Staaten widersetzt« (Hervorh. R. E.). Vgl. oben unter 3. d zur Auslegung der Darlegung der Beweggründe und unter 4. b zum Problem des Mißverständnisses.

<sup>89</sup> S. oben unter 3. d. In einem Brief v. 18. 1. 1983 an die Zivildienstleistenden, in dem Minister Geißler diese vor einer Beteiligung an dem Streik warnte, werden folgende Beispiele angeführt:

1. »Ich will nicht in die Situation kommen, bei einer bewaffneten Auseinandersetzung auf Landsleute aus dem anderen Teil Deutschlands zu schießen«,
2. »Die Streikkräfte verfügen heute über so schreckliche Waffen, daß ich an deren Einsatz nicht beteiligt sein möchte«,
3. »Ich lehne diesen Staat ab und will ihn deshalb nicht verteidigen«,
4. »Ich will einen sozialen Beruf ergreifen, deshalb will ich auch – statt Wehrdienst zu leisten – eine soziale Tätigkeit im Zivildienst ausüben«.

<sup>90</sup> So in dem Brief (vorige N.) das 4. und (wegen des »deshalb«) das 3. Beispiel.

<sup>91</sup> Oben unter 4. b und N. 88.

dem Ausschluß der sog. situationsbedingten Kriegsdienstverweigerung durch § 1 KDVG.<sup>92</sup> Offenbar ist beabsichtigt, Beweggründe auch darum als zur Begründung des Rechts auf Kriegsdienstverweigerung nicht geeignet anzusehen, weil sie »situationsbedingt« sind.<sup>93</sup> Es ist zu befürchten, daß das Bundesamt durch eine Verwaltungsvorschrift festlegt, welche Beweggründe wegen Situationsbedingtheit nicht geeignet sind (Negativprüfung) oder sogar umgekehrt, welche Beweggründe allein geeignet sind (Positivprüfung). Die Prüfung nach dem 2. Teiltatbestand führt dann zu einer inhaltlichen, politischen Kontrolle der Gewissensentscheidungen. Die Beschränkung der Schlüssigkeitsprüfung auf die Prüfung der generellen Geeignetheit der Beweggründe<sup>94</sup> hätte so zur Folge, daß sich vor den verfassungsrechtlichen Maßstab des Art. 4 III 1 G und den gesetzlichen Maßstab des § 1 KDVG ein weiterer, von der Verwaltung gesetzter Maßstab schiebt.<sup>95</sup>

d) Es ist zu erwarten, daß das Bundesamt sich bei der Ablehnung »situationsbedingter« begründeter Anträge auf die umfangreiche Rechtsprechung zu diesem Problem berufen wird. Daher ist daran zu erinnern, daß nach dem Ansatz der höchstrichterlichen Rechtsprechung gerade die Beweggründe »situationsbedingt« sein dürfen. Der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in seinem Beschluß vom 20. Dezember 1960 den dem neuen § 1 KDVG entsprechenden § 25 WPflG a. F. durch eine verfassungskonforme Auslegung korrigiert. Danach dürfen die Motive situationsbedingt sein. Es ist nur erforderlich, daß aus solchen Motiven eine Gewissensentscheidung hervorgeht, die ihrem Inhalt nach den Kriegsdienst »heute und hier allgemein« ablehnt.<sup>96</sup> Daran anknüpfend verlangt das Bundesverwaltungsgericht in dem für die Praxis heute noch maßgeblichen<sup>97</sup> Urteil des 7. Senats vom 17. Dezember 1965 nur, daß die »situationsbedingten« Beweggründe »im Gewissen des Kriegsdienstverweigerers zu der zwingenden sittlichen Überzeugung umgesetzt haben, daß er mit der Waffe an keinem Kriege der Bundesrepublik teilnehmen dürfe.«<sup>98</sup> Danach sind »situationsbedingte« Beweggründe des Kriegsdienstverweigerers dann durchaus geeignet, das Recht auf Kriegsdienstverweigerung zu begründen, wenn er eine diesem Erfordernis einer Umsetzung der Beweggründe in eine zwingende sittliche Überzeugung entsprechende »Umsetzungsklausel« hinzufügt. Der Ansatz der Rechtsprechung zur »situationsbedingten« Kriegsdienstverweigerung ist allerdings in sich widersprüchlich. Daraus, daß »die Gewissensentscheidung wesentlich und immer »situationsbezogen« ist,<sup>99</sup> muß die Konsequenz gezogen werden, daß § 25 WPflG a. F./§ 1 KDVG verfassungswidrig ist. Das Erfordernis, der Kriegsdienstverweigerer müsse »das Töten im Krieg schlechthin« ablehnen,<sup>100</sup> beruht auf einer Verwechslung der Unbedingtheit der im Gewissen erfahrenen Verpflichtung mit der Geltung des Tötungsverbots als einer Norm unter allen Bedingungen. Infolge dieser Verwechslung ist die Rechtsprechung auf Abwege geraten.<sup>101</sup>

92 S. oben unter c), 1. Abs.

93 S. in dem Geißler-Brief das 1. und 2. Beispiel.

94 Oben bei N. 75.

95 Nach der Rspr. des BVerwGs (NJW 1981, 535) müssen Verwaltungsvorschriften nicht veröffentlicht und auch nicht Rechtsanwältinnen zugänglich gemacht werden. Nur im konkreten Verwaltungsverfahren kann nach § 25 VwVfG Auskunft und in den Grenzen des § 29 VwVfG Akteneinsicht verlangt werden. Außerdem sind die Ablehnung des Antrags und wohl auch die Weiterleitungsentscheidung (§ 7 KDVG) als Verwaltungsakte nach § 39 VwVfG begründungspflichtig. Das Bundesamt ähnelt so einer black box, von der nur der Input und der Output bekannt sind.

96 BVerfGE 12, 45 (60).

97 Becker, DVBl. 1981, 105 (111 I. Sp.).

98 BVerwGE 23, 96 (97).

99 So BVerfGE 12, 45 (55).

100 Ebd., S. 57.

101 Öffentliches Aufsehen hat das »Führerschein-Urteil« des VG Bremen (NJW 1981, 1110) erregt.



Die Kritik an dem Ausschluß der »situationsbedingten« Kriegsdienstverweigerung<sup>102</sup> ist im letzten Jahrzehnt von der Pauschalforderung nach einer »Abschaffung der Gewissensprüfung« verdrängt worden. Nachdem mit dem KDVG das Ende dieser Sackgasse erreicht worden ist, ist eine konkretere, gezieltere Kritik des Prüfungsverfahrens an der Zeit. Voraussetzung ist eine gedankliche Durchdringung des Problems, in welchem Sinne das Gewissen als Tatbestandsmerkmal einer Rechtsnorm Gegenstand eines Beweises sein kann.

e) Das Verfahren nach Aktenlage ist verfassungswidrig, weil es zur Feststellung der Gewissensentscheidung nicht geeignet ist (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) und weil den drei Teiltatbeständen die vom Rechtsstaatsprinzip geforderte Bestimmtheit<sup>103</sup> fehlt. Weil diese Mängel auf einem Konstruktionsfehler des Gesetzes beruhen (oben unter c a. A.), kann ihnen nicht durch die Unterstellung einer verfassungskonformen Handhabung des Gesetzes durch das Bundesamt<sup>104</sup> begegnet werden.

f) Ein Hauptproblem ist die Frage, in welcher Weise ein gerichtlicher Rechtsschutz gegen Entscheidungen des Bundesamtes möglich ist. Schon den Gesetzgeber hat die Frage beschäftigt, ob die Weiterleitungsentscheidung im Falle von Zweifeln (§ 7 KDVG) selbständig angefochten werden kann<sup>105</sup> oder ob sie als eine nicht vollstreckbare Verfahrenshandlung zu qualifizieren ist, die nach § 44a VwGO nur im Rahmen einer Anfechtungsklage gegen die Entscheidung der Prüfungskammer gerügt werden kann.<sup>106</sup>

Wenn der Kriegsdienstverweigerer gegen eine Ablehnung durch das Bundesamt Klage vor dem Verwaltungsgericht erhebt, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht zu dem Verfahren nach Aktenlage steht. Bei einer Ablehnung durch die Prüfungskammer, also bei dem nach bisherigem Recht für alle und nach neuem Recht für einen Teil der Antragsteller geltenden Verfahren, muß der Antragsteller, um sein Ziel, anerkannt zu werden, zu erreichen, Anfechtungsklage gegen den Bescheid der Prüfungskammer erheben und die Feststellung seiner Berechtigung, den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern, beantragen.<sup>107</sup> Dabei ist über die Anfechtungsklage und über den Feststellungsantrag nach demselben Maßstab zu entscheiden. Nunmehr stellt sich bei einer Klage gegen eine Ablehnung durch das Bundesamt die Frage, ob die Prüfung durch das Verwaltungsgericht ebenso wie die Prüfung durch das Bundesamt auf die drei Teiltatbestände beschränkt ist (*Unvollständigkeitslösung*) oder ob das Verwaltungsgericht wie bei einer Klage gegen eine Ablehnung durch die Prüfungskammer zu prüfen hat, ob der Antragsteller den Tatbestand der Art. 4 III 1 GG/§ 1 KDVG erfüllt (*Vollständigkeitslösung*).<sup>108</sup>

102 Arndt, NJW 1957, 361; Geißler (N. 43), S. 96, s. auch S. 57; Hamel, Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, 4. Bd. 1. Halbbd., 1960, S. 37 ff. (106 f.); Podlech, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, 1969, S. 126–129; Bockenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 253 ff. (279 f.); Herzog, Art. 4 (1971) in Maunz/Dürig/Herzog, GG, Rnr. 179, 180; Lange, MDR 1976, 89 (90 I. Sp.); Krölls, Kriegsdienstverweigerung, 1980, S. 29 f.; Berg (N. 3), 606; kritisch auch Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, bis zur 11. Aufl., 1978, § 12 I 4 c, S. 159.

103 An diesem Merkmal des klassischen liberalen Gesetzesbegriffs hält auch das BVerfG fest, s. aus der jüngeren Rspr. BVerfGE 52, 1 (41).

104 Vgl. BVerfGE 30, 1 (27) – Abhörurteil.

105 Der Gesetzgeber hat nach der Anhörung versucht, dies durch eine Umformulierung des § 7 KDVG auszuschließen; s. dazu die Ausführungen des Abg. Sauter (CDU/CSU) in der Anhörung (Prot. S. 178).

106 So Kriele in der Anhörung, Prot. S. 189.

107 Ergänzende Anfechtungsklage gemäß § 113 II VwGO. S. dazu BVerwGE 14, 151 (152); 44, 17 (20, 22); Schlink/Wieland, DÖV 1982, 426 (430 I. Sp.).

108 Das Problem ist in der Anhörung nicht erkannt worden. Molitor geht von der Vollständigkeitslösung aus und kritisiert, daß damit die Auslegung der Begriffe »persönliche, ausführliche« Begründung (§ 2 II 2 KDVG) durch das Bundesamt der gerichtlichen Kontrolle entzogen ist (Prot. S. 77 f.).

Bei der *Unvollständigkeitslösung* hat das Verwaltungsgericht bei dem 1. *Teiltatbestand* zwar die Rechtsanwendung durch das Bundesamt, insbesondere die Auslegung des Tatbestandsmerkmals »persönliche, ausführliche Darlegung der Beweggründe« nachzuprüfen. Der 1. *Teiltatbestand* hätte aber eine Präklusionswirkung. Wenn der Antragsteller den Antrag nicht innerhalb der im Regelfall geltenden Frist von 14 Tagen vor der Musterung eingereicht hat (§ 2 IV 2. Halbs. KDVG) oder ihn nicht innerhalb einer Frist von vier Wochen vervollständigt hat (§ 6 I 2 KDVG), ist er auch vom Verwaltungsgericht abzulehnen, ohne daß es darauf ankäme, ob er gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen wird. Das Grundrecht des Art. 4 III GG könnte so z. B. daran scheitern, daß der Antragsteller schuldhaft (§ 32 VwVfG) nicht rechtzeitig ein Führungszeugnis vorgelegt hat (§ 2 II 3 KDVG). – Wenn das Verwaltungsgericht bei dem 2. *Teiltatbestand* zu dem Ergebnis kommt, daß die Beweggründe das Recht auf Kriegsdienstverweigerung zu begründen geeignet sind, müßte es nach der Unvollständigkeitslösung an das Bundesamt zurückverweisen, damit dieses den 3. *Teiltatbestand* überprüft und den Antrag gegebenenfalls an den Prüfungsausschuß verweist.

Wenn der 1. *Teiltatbestand* eine *Präklusionswirkung* hat, ist die Benachteiligung der deswegen Abgelehnten gegenüber den Antragstellern, die von vornherein von den Prüfungsausschüssen und -kammern geprüft werden, auch nicht mehr vor dem Verwaltungsgericht korrigierbar. Diese Schlechterstellung verstößt gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 I GG). Vor allem aber würde durch die Präklusionswirkung das Grundrecht des Art. 4 III 1 GG unzulässig eingeschränkt.<sup>109</sup> Die Rechtsprechung ist bisher immer davon ausgegangen, daß Art. 4 III 1 GG ein unmittelbar wirksames Grundrecht ist, das nicht erst der Aktualisierung durch den Gesetzgeber bedarf.<sup>110</sup> Die Regelung des Näheren, zu der Art. 4 III 2 GG den Gesetzgeber ermächtigt, darf das Grundrecht nicht in seinem sachlichen Gehalt einschränken.<sup>111</sup> Von der Ermächtigung des Art. 4 III 2 GG sind nur solche Verfahrensregelungen gedeckt, die erforderlich sind, um feststellen zu können, ob der Tatbestand des Art. 4 III 1 GG erfüllt ist. Eine Präklusionswirkung verhindert gerade umgekehrt die Prüfung, ob der materiellrechtliche Tatbestand erfüllt ist.

Bei der *Vollständigkeitslösung* würde das Verwaltungsgericht nicht mehr eine Verwaltungsentscheidung kontrollieren, sondern wäre die erste (und letzte) Instanz, die den Sachverhalt ermittelt. Dies wäre mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung und mit Art. 19 IV GG unvereinbar.<sup>112</sup> Falls der 1. *Teiltatbestand* keine Präklusionswirkung hat, wäre es möglich, daß zugleich die Anfechtungsklage abzulehnen und dem Feststellungsantrag stattzugeben ist. Damit wäre das System der Verwaltungsgerichtsbarkeit gesprengt. – Sowohl die Unvollständigkeits- als auch die Vollständigkeitslösung sind also mit dem Grundgesetz unvereinbar. Eine verfassungskonforme Auslegung ist nicht möglich.

g) Eine neuere Lehre faßt das Grundrecht des Art. 4 III GG ebenso wie das Asylrecht des Art. 16 II 2 GG als ein »*verfahrensabhängiges Grundrecht*« auf.<sup>113</sup> Diese

<sup>109</sup> Dies gilt auch für die neue Regelung des § 15 KDVG, nach der in den Verfahren vor den Prüfungsausschüssen und -kammern das unentschuldigke Fernbleiben zur Ablehnung führt.

<sup>110</sup> BVerfGE 12, 45 (53); 28, 243 (259); 32, 40 (41); 48, 127 (163). Das BVerwG hat in seinem grundlegenden Urteil v. 3. 10. 1958 (BVerwGE 7, 242) ausgesprochen, die Berechtigung zur Wehrdienstverweigerung ergebe »sich unmittelbar aus dem Gesetz, nämlich aus Art. 4 Abs. 3 GG und aus § 25 WehrpflichtG . . . Die Entscheidungen des Prüfungsausschusses und der Prüfungskammer haben demgegenüber nur deklaratorische Bedeutung. Sie befreien den Kriegsdienstverweigerer nicht von seiner Wehrpflicht, sondern stellen nur fest, daß er kraft Gesetzes nicht verpflichtet ist, Wehrdienst zu leisten« (S. 243 f.).

<sup>111</sup> BVerfGE 12, 45 (53); 28, 243 (259); 48, 127 (163).

<sup>112</sup> S. dazu Schlink/Wieland (N. 107), 433 f. Sp.; BVerfGE 60, 253 (290) – Asylverfahren.

<sup>113</sup> Ossenbühl, DÖV 1981, 1 (5 f. Sp.); Bethge, NJW 1982, 1 (5 f. Sp.); Berg (N. 3), 592.

Lehre ist zweischneidig. Der Gedanke eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren,<sup>114</sup> den der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts vorantreibt,<sup>115</sup> geht von der faktischen Angewiesenheit der Grundrechte auf die Verwirklichung durch Verfahren aus und leitet aus dem jeweiligen Grundrecht verfassungsrechtliche Anforderungen an das Verfahren ab. Durch diese Lehre verliert aber das Grundrecht des Art. 4 III 1 GG seine unmittelbare Wirksamkeit. Das Grundrecht wird durch die Lehre von der Verfahrensabhängigkeit dem Verfahren auch ausgeliefert.

Der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts befürchtet, daß, wenn aus dem jeweiligen Grundrecht Anforderungen an das Verfahren abgeleitet werden, die Einheit der Verfahrensordnung aufgelöst wird,<sup>116</sup> und stellt statt dessen auf die Rechtssicherheit ab.<sup>117</sup> Im Falle des Asylgrundrechts hat der 2. Senat im »Interesse der Rechtsordnung an einem den Status feststellenden Formalakt« die »Regelung«, zu der bloß der Gesetzgeber bei einem ohne Gesetzesvorbehalt gewährleisteten Grundrecht ermächtigt ist, als einen »Verfahrensvorbehalt« gedeutet.<sup>118</sup> Damit wird dem Grundrecht die unmittelbare Wirksamkeit vollends genommen.

Der Verfahrensgedanke verdankt seinen verfassungsrechtlichen Aufstieg einem Zerfall des materiellen Rechts. Die Schwächen des materiellen Rechts sollen durch Verfahrensrecht kompensiert werden. Der Versuch, die »Gewissensprüfung« durch ein Verfahren nach Aktenlage zu ersetzen, zeigt, daß, wenn der Gesetzgeber vor den Problemen des materiellen Rechts in das Verfahrensrecht flieht, auch im Verfahrensrecht die Rechtssicherheit verloren geht. Der 2. Senat wird die Verfassungsmäßigkeit des Verfahrens nach Aktenlage nur bejahen können, wenn er die Rechtssicherheit darauf reduziert, daß durch ein zuständiges Staatsorgan rechtskräftig oder auch nur bestandskräftig entschieden wird.<sup>119</sup> Die Auflösung der materiellrechtlichen Grundrechtsgarantie durch Verfahrensrecht würde so durch den Grundsatz der Rechtssicherheit besiegelt.

##### 5. Weitere Neuregelungen durch das KDVG

a) In dem Verfahren vor den *Prüfungsausschüssen und -kammern* erhält nun der vom Bundesminister der Verteidigung bestimmte Vorsitzende (§ 9 II 1 KDVG) Stimmrecht (§ 9 V 2 KDVG). Da die Einstellungsverträge der Vorsitzenden häufig befristet sind,<sup>120</sup> ist angesichts der Arbeitsmarktlage für Juristen ihre persönliche Unabhängigkeit nicht institutionell gesichert. – Die Anforderungen an die Qualifikation der Beisitzer sind erhöht worden (§ 9 II 3 KDVG). Weil der Gesetzgeber vergessen hat, für ihre Neuwahl eine Übergangsregelung zu treffen, werden die Prüfungsausschüsse und -kammern nicht sogleich nach Inkrafttreten des KDVG ihre Arbeit beginnen können, so daß der Antragsstau steigen wird.

Schon nach bisherigem Recht (§ 34 I WPfG) war die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts ausgeschlossen. Zum Ausgleich hatte das Bundesverwaltungsgericht die durch § 34 II 1 WPfG eröffnete Möglichkeit einer *zulassungsfreien Verfahrensrevision* ausdehnend ausgelegt.<sup>121</sup> Infolge der Ausgliederung des Anker-

114 Grundlegend Hesse, EuGRZ 1978, 427 (434 ff.).

115 S. bes. BVerfGE 56, 216 (236) – Asylrecht.

116 BVerfGE 60, 253 (295 f.).

117 Ebd., durchgehend.

118 Ebd., 294 f. Es ist zu befürchten, daß der 2. Senat bei einer Entscheidung über das KDVG diese Auslegung des Begriffs »Regelung« auf Art. 4 III GG übertragen wird.

119 Vgl. BVerfG, ebd., 296 f.

120 S. dazu Krölls (N. 18), 257 f.

121 BVerwG NJW 1961, 2228.

nungsverfahrens aus dem WehrpflichtG sind nun nur noch die in § 133 VwGO aufgezählten wesentlichen Mängel des Verfahrens zulassungsfrei.<sup>122</sup>

b) § 8 Satz 2 KDVG lautet: »§ 3 Abs. 2 gilt nicht«. In diesem Sätzchen ist eine gravierende Einschränkung der Kriegsdienstverweigerung im *Spannungs- und Verteidigungsfall*, also dann, wenn ein Krieg droht oder ausgebrochen ist, versteckt. Nach § 3 II 1 KDVG ist vom Zeitpunkt der Antragstellung an »eine Einberufung zum Wehrdienst erst zulässig, wenn der Antrag unanfechtbar oder rechtskräftig abgelehnt oder zurückgenommen worden ist«. Nach bisherigem Recht kann ein Kriegsdienstverweigerer, der den Anerkennungsantrag gestellt hat, bevor der Musterungsbescheid vollziehbar geworden ist, nach einer Ablehnung durch die zweite Verwaltungsinstanz, die Prüfungskammer, einberufen werden, da zwar der Anerkennungsantrag und der Widerspruch gegen eine Ablehnung durch den Prüfungsausschuß aufschiebende Wirkung haben (§ 33 II WPlfG a. F.), nicht aber die Anfechtungsklage (§ 35 I WPlfG a. F.). Demgegenüber wird durch § 3 II 1 KDVG die Rechtsstellung des Kriegsdienstverweigerers verbessert. Daß § 3 II KDVG jedoch nach § 8 Satz 2 KDVG im Spannungs- und Verteidigungsfall nicht gilt, bedeutet, daß der Kriegsdienstverweigerer dann, wenn ein Krieg droht oder ausgebrochen ist, sofort einberufen werden kann, also eingezogen werden kann, ohne daß auch nur die erste Verwaltungsinstanz, der Prüfungsausschuß, über seinen Antrag entschieden hätte.<sup>123</sup>

§ 8 Satz 2 KDVG setzt voraus, daß im Spannungs- und Verteidigungsfall diejenigen Kriegsdienstverweigerer, deren Anerkennungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist oder die erst jetzt einen Antrag stellen, solange zum Kriegsdienst mit der Waffe verpflichtet sind, bis sie bestands- oder rechtskräftig anerkannt sind. Das Bundesverfassungsgericht ist in dem Beschluß des 1. Senats vom 26. Mai 1970 zur Kriegsdienstverweigerung von Soldaten davon ausgegangen, daß das Grundrecht des Art. 4 III GG auch schon vor dem Abschluß des Anerkennungsverfahrens wirksam ist.<sup>124</sup> Es ist allerdings auf Grund einer Abwägung des Interesses des Kriegsdienstverweigerers mit der »Einrichtung und Funktionsfähigkeit der Bundeswehr«, der es in dieser Entscheidung erstmals Verfassungsrang zuerkannte, zu dem Ergebnis gekommen, daß der Soldat bis zum Abschluß des Anerkennungsverfahrens zum Dienst verpflichtet bleibt.<sup>125</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch bei der Abwägung darauf abgestellt, daß der Soldat im Frieden nicht unmittelbar vor dem Zwang steht, töten zu müssen,<sup>126</sup> und ausdrücklich offengelassen, welche Maßstäbe im Krieg gelten.<sup>127</sup> Die Neuregelung durch § 8 Satz 2 KDVG mißachtet stillschweigend<sup>128</sup> die doppelte Einschränkung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts auf Soldaten und auf den Friedensfall.<sup>129</sup> Wenn der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG überhaupt ein normativer Gehalt zukommt,<sup>130</sup> verletzt diese Regelung das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen in seinem Wesensgehalt.

122 Aus der Sicht des Revisionsrichters kritisch dazu Seibert in der Anhörung (Prot. S. 75 f.).

123 § 33 II WPlfG wird durch Art. 3 Nr. 5a KDVG entsprechend geändert.

124 BVerfGE 28, 243 (259, 260). S. schon oben bei N. 110.

125 Ebd., S. 261 f.

126 Ebd., S. 262.

127 Ebd., S. 263.

128 Die Gesetzesbegründung (N. 2, S. 11) enthält keinen Hinweis auf die rechtliche Problematik und auf die Rspr. des BVerfGs dazu.

129 In dem Abwägungsdanken ist allerdings angelegt, daß im Notfall das Individualinteresse hinter dem Staatsinteresse zurücktritt; so für die Kriegsdienstverweigerung im Krieg Doehring, Staatsrecht der BRPD., 2. Aufl. 1980, S. 305.

130 Vgl. jedoch Doehring, ebd., S. 172.

Der Zivildienst ist nach der Gleitklausel des § 24 II ZDG in Zukunft generell um ein Drittel länger als der Grundwehrdienst.<sup>131</sup> Die Ausgestaltung des Zivildienstes ist von dem Ziel geprägt, den Zivildienst in Richtung auf eine Angleichung an die belastenden Aspekte des Wehrdienstes zu erschweren. Beschäftigungsstellen sollen nun auch im Bereich des Umweltschutzes, des Naturschutzes und der Landschaftspflege<sup>132</sup> geschaffen werden (§ 4 I Nr. 1 ZDG), also in arbeitsdienstähnlichen, nach militärischem Muster organisierbaren Tätigkeitsfeldern.<sup>133</sup> Sogenannte leichte Plätze sollen abgebaut werden, wobei ausdrücklich auch die Wehrdienstleistenden Vergleichsmaßstab sind (§ 4 I Nr. 2 ZDG). Die Zustimmung der Beschäftigungsstelle zu der Person des Zivildienstleistenden, die dort unentbehrlich ist, wo es auf individuelle Berreuerung ankommt, soll nur noch unter besonderen Voraussetzungen erforderlich sein (§ 4 I Nr. 3 ZDG). Die karitativen Einrichtungen können so in einen Kleinkrieg um diese Einverständniserklärungen verwickelt werden, dessen Ergebnis voraussichtlich sein wird, daß sie das Interesse an Zivildienstleistenden verlieren und keine Plätze mehr zur Verfügung stellen. § 19 III ZDG ermöglicht die heimatferne Stationierung der Zivildienstleistenden. Eine Unterbringung in dienstlichen Unterkünften, also eine Kasernierung ist ausdrücklich für den Einführungsdienst vorgesehen (§ 25a IV ZDG).

Wie dem Prüfungsverfahren ohne mündliche Anhörung hat auch diesen Erschwerungen des Zivildienstes die Forderung nach »Abschaffung der Gewissensprüfung« den Boden bereitet. Während aber die Reformbemühungen im Anschluß an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 13. April 1978 durch eine Ausgestaltung des Zivildienstes als lästige Alternative die Gewissensprüfung ersetzen wollten, werden durch das KDVNG Prüfungsverfahren und Verlängerung sowie Erschwerung des Zivildienstes kumuliert. Da der Maßstab der Wehrgerechtigkeit den Belastungen des Kriegsdienstverweigerers nach oben hin keine Grenze setzt,<sup>134</sup> ist es möglich, daß der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts diese Regelung trotz des Diskriminierungsverbots des Art. 12a I, Satz 2 und 3 GG für verfassungsmäßig erklärt.

Wenn der Abschreckungsgedanke für die Durchführung des Zivildienstes maßgeblich wird, wird den Zivildienstleistenden die Motivation genommen. Dadurch wird das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung von innen her ausgehöhlt. Die Verweigerung allein kann in die Selbstisolation führen. Sie erhält ihre moralische Substanz erst durch den Dienst am konkreten anderen Menschen. Dieser individuelle Bezug fehlt in den neuen arbeitsdienstähnlichen Tätigkeiten, mag man auch die Arbeit an der Natur im Namen eines »Friedens mit der Natur« als Friedensdienst auffassen können. Die Demotivierung wird aber auch unmittelbar für den Zivil-

131 Ob diese Regelung mit Art. 12a II 2 GG vereinbar ist, hängt davon ab, ob in die »Dauer des Wehrdienstes« nicht nur die tatsächliche durchschnittliche Beanspruchung durch Wehrübungen, sondern die gesetzlich mögliche Dauer der Wehrübungen eingerechnet wird. Zur Auslegung des Art. 12a II 2 GG s. Dörig (N. 11), S. 114 ff. – Unter dem Gesichtspunkt einer Rückwirkung problematisch ist die Regelung des Art. 4 KDVNG, nach der die verlängerte Zivildienstzeit bereits für Kriegsdienstverweigerer gilt, die nach dem 1. 7. 1983 einen Anerkennungsantrag gestellt haben (Abs. 2), aber nicht vor dem Inkrafttreten des Gesetzes am 1. 1. 1984 anerkannt worden sind (Abs. 1).

132 Der in dem Gesetzentwurf zusätzlich vorgesehene Zivilschutz ist nach der Anhörung gestrichen worden.

133 Es ist zweifelhaft, ob es gelingen wird, eine genügend große Zahl von Stellen in diesem Bereich zu schaffen. Der Zivildienst gerät hier in Konkurrenz mit den Bestrebungen, die Sozialhilfe von der Bereitschaft zur Übernahme gemeinnütziger Arbeiten abhängig zu machen. Auch die Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen (ABM) der Bundesanstalt für Arbeit haben einen Schwerpunkt in diesem Tätigkeitsbereich. Nach einer Mitteilung des Vizepräsidenten der Anstalt, H. Mintz, fließen ABM-Mittel nicht ab, weil entsprechende Beschäftigungsmöglichkeiten fehlen (RNZ v. 2. 4. 1983).

134 S. oben bei N. 11.

dienst Folgen haben. Wie bisher schon in der Bundeswehr werden auch im Zivildienst der Alkohol- und Drogenmißbrauch und Selbstmorde ein Problem werden. Es wird vermehrt zu disziplinarischen Konflikten kommen. Die Totalverweigerung<sup>135</sup> wird zunehmen.

Die Durchführung des Gesetzes wird zudem voraussichtlich daran scheitern, daß nicht schnell genug die erforderliche Zahl von Zivildienstplätzen geschaffen werden kann.<sup>136</sup> An die Stelle des Antragsstaus, der durch das Verfahren nach Aktenlage abgebaut werden soll,<sup>137</sup> wird – soweit das Bundesamt anerkennt – ein Zivildienststau und – soweit es die Anträge ablehnt – ein Stau vor den Verwaltungsgerichten treten.

Nach der Schlußvorschrift des Art. 6 I KDVG hat die Bundesregierung zur Vorbereitung einer Entscheidung über die Weitergeltung des Gesetzes (Abs. 2) zum 31. Dezember 1985 dem Gesetzgeber über ihre Erfahrungen mit der Durchführung dieses Gesetzes zu berichten. Es muß verhindert werden, daß dann dem Gesetzgeber eine Notlage, die er selbst geschaffen hat,<sup>138</sup> zur Rechtfertigung weiterer Einschränkungen der Kriegsdienstverweigerung dient.

<sup>135</sup> S. dazu Krölls (N. 18), 259 ff.

<sup>136</sup> Dies hat der Beauftragte der EKD für Fragen der Kriegsdienstverweigerung und des Zivildienstes Fritz Eitel noch vor der Verabschiedung des Gesetzes in einer gutachterlichen Äußerung eingehend dargelegt. S. auch oben N. 133.

<sup>137</sup> Oben bei N. 41.

<sup>138</sup> In der Anhörung wurde bereits vorausgesagt, daß das Gesetz ein Chaos anrichten wird, Hofferbert (Prot. S. 123); ähnlich Heßeler (Prot. S. 133).